

**DIE GERICHTLICHE SCHADENSERMITTLUNG
NACH § 287 ZPO**

FRANZ-WILHELM HELLER
aus Burgellern / Bamberg

1977 № 226

DIE GERICHTLICHE SCHADENSERMITTLUNG NACH § 287 ZPO

INAUGURAL-DISSERTATION
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen Nürnberg

vorgelegt von
FRANZ-WILHELM HELLER
aus Burgellern / Bamberg



Referent: Professor Dr. Karl Heinz Schwab

Tag der mündlichen Prüfung: 1. 7. 1977

Meinem Großvater Dr. Georg Schübel

meinen Eltern

und

meinem "Lehrmeister" Dr. Gottfried Schmitt



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis	<u>Seite</u>
Einleitung und Problemstellung	1
1. Teil <u>Systematische Stellung des § 287 ZPO</u>	4
§ 1 § 287 ZPO als Vorschrift im Rahmen der Beweislehre	
I. Begriff des Beweises	5
II. Beweis und Überzeugung	8
§ 2 Geschichtlicher Rückblick auf die Entwicklung der Beweislehre und auf die Entstehung des § 287 ZPO	9
I. Das römische Recht	10
II. Das germanische Recht	13
III. Der italienisch-kanonische Prozeß	15
IV. Das Recht nach der Rezeption	16
V. Die Zeit der Entwicklung der Reichsgesetze und die Ent- stehung der §§ 249, 250 CPO	17
§ 3 Die Bedeutung der §§ 286, 287 ZPO im Beweisrecht und ihre Abgrenzung zueinander	31
I. Das Wesen der freien Beweiswür- gung	32
II. Das Verhältnis der §§ 286 und 287 ZPO zueinander	39
2. Teil <u>Die Anwendung des § 287 ZPO ohne Be- handlung der Kausalitätsprobleme</u>	43
§ 4 Der objektive Bereich der Norm (Gegenstand der Überzeugungsbildung)	43
I. Die Reichweite des § 287 Abs.1	43
II. Die Reichweite des § 287 Abs.2	46
§ 5 Darstellung der Meinungsentwick- lung und des Meinungsstands zur Frage des Beweismaßstabes und des Verfahrens der Überzeugungsgewinnung im § 287 Abs. 1	48
I. § 287 und "freies Ermessen"	49

II. § 287 und die "Schätzungsbefugnis des Gerichts"	53
III. Die weiteren Beweiserleichterungen hinsichtlich der gerichtlichen Tätigkeit	55
IV. "Erleichterungen" für die Parteien	57
V. Einschränkungen und Grenzen der dem Gericht von Rechtsprechung und Literatur zugestandenen Erleichterungen	59
§ 6 Auseinandersetzung mit den in § 5 wieder- gegebenen Meinungen und Lösungsvor- schläge.	64
I. Auseinandersetzung mit den in § 5 wiedergegebenen Meinungen	64
1. Der Beweismaßstab im § 287 Abs.1 ZPO - "freie Überzeugung" - "Ermessen" - "Schätzung" - "Rechtsfolgenbestimmung" -	65
a) Abgrenzung: Überzeugung - Ermessen	69
b) Abgrenzung: freie Überzeugung- Schätzungsbefugnis	77
c) Abgrenzung: freie Überzeu- gung - Rechtsfolgenbestim- mung	89
2. Änderung des Beweismaßstabes durch "Richterrecht" ?	96
3. Beweismaßstab und Beweisquantum	98
a) Der Begriff "Überzeugung"	99
b) Welches Beweisquantum fordert die Überzeugung?	105
c) Unterschiedliches Beweis- quantum in § 286 und 287 ZPO?	107
4. Das Verfahren der Überzeugungs- gewinnung im § 287 Abs. 1 ZPO	110
a) Die weiteren "Beweiserleichte- rungen" hinsichtlich der ge- richtlichen Tätigkeit	111

	<u>Seite</u>
aa) Die Pflicht zur Beweiserhebung	111
bb) Die Begründung der Entscheidung	111
cc) Bindung an die Regeln der Beweislast?	113
dd) Ermittlung der der Schadensbe- rechnung zugrundezulegenden Tat- sachen nach § 287?	114
b) Erleichterungen für die Parteien	115
II. Lösungsvorschläge	118
1. Grundsätzliches	119
2. Folgerungen für die praktische Anwendung	121
a) Die Verfahrensvereinfachungen und das freie Ermessen	121
b) Die Entscheidung nach freier Über- zeugung	123
c) Die Begründungspflicht im Urteil	124
aa) Die Begründungspflicht hin- sichtlich des ausgeübten Er- messens	124
bb) Die Begründungspflicht hin- sichtlich der freien Über- zeugung	125
d) Bezifferter oder unbezifferter Klageantrag?	126
3. Teil Die Frage nach der Anwendbarkeit des § 287 ZPO auf die (haftungsausfüllende) Kausalität	127
§ 7 Meinungsentwicklung und Meinungsstand sowie kurze Analyse der darzustellenden Rechtsprechung	127
I. Allgemeines	127
II. Rechtsprechung	130
1. Die Rechtsprechung des Reichsge- richts	131
2. Die Rechtsprechung des Bundes- gerichtshofs	145

IV

	<u>Seite</u>
III. Kurze Analyse der dargestellten Rechtsprechung	165
1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	166
2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	171
IV. Die Literatur	178
1. Die Kommentar- und Lehrbuchliteratur	179
2. Die Spezialliteratur	188
§ 8 Notwendigkeit und Möglichkeiten der Auslegung des § 287 ZPO im Hinblick auf seine Anwendung auf Kausalitätsprobleme	196
I. Auslegungsnotwendigkeit	196
II. Auslegungsmöglichkeiten	197
1. Auslegung nach dem Wortsinn	198
2. Auslegung nach dem Bedeutungszusammenhang des Gesetzes	200
3. Auslegung nach der Regelungsabsicht, den Zwecken und den Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers	202
4. Auslegung nach objektiv - teleologischen Kriterien	206
5. Auslegung im Hinblick auf die Verfassung (Gebot der verfassungskonformen Auslegung)	207
§ 9 Die Rechtslage in Österreich und in der Schweiz	209
I. Das Österreichische Recht	210
II. Das Schweizerische Recht	212
§ 10 Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur	214
I. Allgemeines	214
II. Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität	215
1. Ist die Abgrenzung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität ein Problem der Abgrenzung der §§ 286 und 287 ZPO?	216

	<u>Seite</u>
2. Die Begriffe "haftungsbegründende" und "haftungsausfüllende Kausalität"	218
III. § 287 ZPO und der Schadensbegriff	225
IV. Beweiserleichterung und poenalisierende Wirkung für den Schädiger	229
V. Rechtfertigung der Beweiserleichterung durch vom Schädiger veranlaßte Beweisnot?	235
VI. Geringeres Beweisquantum als Recht- fertigung für die Anwendung des § 287 ZPO auf Erscheinungen der haftungsbe- gründenden Kausalität?	238
VII. Keine Anwendung des § 287 ZPO auf die haftungsbegründende Kausalität	244
VIII. Kann § 287 ZPO auf die haftungsausfül- lende Kausalität angewendet werden?	249
§ 11 Ergebnis	251
§ 12 Kritischer Ausblick	254

Literaturverzeichnis

- Arens, Peter, Dogmatik und Praxis der Schadens-
schätzung - Ein Diskussionsbeitrag
zur Auslegung des § 287 ZPO, ZZP
Band 88 (1975) S. 1 ff
- Brockhaus, F.A., Der neue Brockhaus, Lexikon und
Wörterbuch in 5 Bänden, 5. Aufl.,
Wiesbaden 1973
- von Bar, Ludwig, Recht und Beweis im Civilprozeß,
Ein Beitrag zur Kritik und Reform
des Deutschen Civilprozesses,
Leipzig 1867
- Baumbach, Adolf,
Lauterbach, Wolfgang,
Albers, Jan,
Hartmann, Peter Zivilprozeßordnung mit Gerichts-
verfassungsgesetz und anderen
Nebengesetzen, 31. Aufl., München
1973
- dies., Zivilprozeßordnung mit Gerichts-
verfassungsgesetz und anderen Neben-
gesetzen, 34. Aufl., München, 1976
- Behagel, Otto, Deutsche Syntax - Eine geschicht-
liche Darstellung, Band III, Die
Satzgebilde, Heidelberg 1928
- Bergerfurth, Bruno, Der Zivilprozeß, 2. Auflage,
Freiburg 1974
- Blomeyer, Arwed, Zivilprozeßrecht, Göttingen 1963
- ders., Beweislast und Beweiswürdigung im
Zivil- und Verwaltungsprozeß, in
Verhandlungen des 46. Deutschen
Juristentages, Band I, Teil 2 A,
München 1966
- Bruns, Rudolf, Zivilprozeßrecht, Berlin und
Frankfurt a.M. 1968
- Dahlmanns, G.J., Bundesstaaten-Entwurf einer ZPO
von 1866 und Preußischer Justiz-
ministerialentwurf von 1871
in: Neudrucke zivilprozessualer
Kodifikationen und Entwürfe des
19. Jahrhunderts, Aalen 1971
- Döhring, Erich, Die Erforschung des Sachverhalts
im Prozeß, Berlin 1964

- Düll, Rudolf,
Corpus juris, 2.Aufl., München 1960
- Duden,
Der große Duden, Band 10, Bedeutungswörterbuch, Mannheim-Zürich 1970
- Endemann, Wilhelm,
Die Beweislehre des Civilprozesses, Heidelberg 1860
- ders.,
Der deutsche Zivilprozeß, Band 2, Neudruck der Ausgabe Berlin 1879, Aalen 1974
- Engisch, Karl,
Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl., Stuttgart 1971
- Enneccerus, Ludwig,
Lehmann, Heinrich,
Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen 1958
- Eyermann, Erich,
Fröhler, Ludwig,
Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., München 1971
- Fasching, Hans W.,
Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, III. Band, Zivilprozeßordnung, §§ 226 - 460, Wien 1966
- Gaupp, Rolf Dietrich,
Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse, Diss., Tübingen 1969
- Grunsky, Wolfgang,
Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1970
- ders.,
Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974
- Guldener, Max,
Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozeßrecht, Zürich 1955
- Hahn,
Die gesamten Materialien zur ZPO und den Einführungsgesetzen zu derselben, Berlin 1881

- Hainmüller, Dietmar, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, Band 1, Tübingen 1966
- Hamann, Rudolf, Methoden und Problematik der Schadensberechnung, München 1972
- Hanau, Peter, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, Diss., Göttingen, 1971
- Heller, Peter, Gerhard, Michael, Öffentliches Recht, Allgemeiner Teil, München 1976
- Henckel, Wolfram, "Grenzen richterlicher Schadensschätzung - BGH NJW 1973, 1283", in: JuS 1975, S. 221 ff
- Hofmann, Edgar, Die Umkehr der Beweislast in der Kausalfrage, Karlsruhe 1972
- Jordan/Eggert/Kneissl, Handbuch der Vermessungsurkunde, Band IV, bearbeitet von Hans Gamperl, 10. Aufl., Stuttgart 1967
- Juristentag, Verhandlungen des 6. deutschen Juristentages, 2.Band, Berlin 1866
- Kaser, Max, Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966
- Keuk, Brigitte, Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972
- Klauser, Karl-August, Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung, JZ 1968, S. 167 ff
- ders., Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7.7.1970 - VI ZR 33/69 - in JZ 1971, S. 228 ff.
- Kopp, Ferdinand, O., Verwaltungsverfahrensgesetz, München 1976
- Kress, Hugo, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, unveränderter Neudruck der Ausgabe München 1929, mit einer Einführung versehen und herausgegeben von Dr. Hermann Weitnauer und Dr. Horst Ehmann, Aalen 1974

- Kuchinke, Kurt,
 Die Freiheit und Bindung des
 Zivilrichters in der Sachaufklärung
 in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung,
 Heft 30 (1966), S. 15 ff
- Kühn, Rolf,
 Abgabenordnung, 9. Aufl., Stutt-
 gart 1968
- Kummer, Max,
 Grundriß des Zivilprozeßrechts
 nach den Prozeßordnungen des
 Kantons Bern und des Bundes, Bern
 1970
- Larenz, Karl,
 Methodenlehre der Rechtswissen-
 schaft, 3. Aufl., Berlin 1975
- Lehmann, Gustav,
 Der Nothstand des Schädenprozesses
 und der Entwurf der königl.Sächs.
 Civilprozeßordnung, Leipzig 1865
- ders.,
 Gutachten, betreffend das Ver-
 fahren im Schadenprozesse, in:
 Verhandlungen des 6.Deutschen
 Juristentages, 2.Band, Berlin 1966
- Lent, Friedrich,
 Jauernig, Othmar,
 Zivilprozeßrecht, 15. Aufl.,
 München 1970
- Maassen, Bernhard M.,
 Beweismaßprobleme im Schadens-
 ersatzprozeß, Bonn 1975
- Mertens, Hans-Joachim,
 Der Begriff des Vermögensschadens
 im Bürgerlichen Recht, Stuttgart
 1967
- Musielak, Hans-Joachim,
 Die Grundlagen der Beweislast
 im Zivilprozeß, Berlin 1975
- Palandt,
 Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Aufl.,
 München 1977
- Paul, Hermann,
 Deutsches Wörterbuch, 3. Aufl.,
 Halle 1921
- ders.,
 Deutsches Wörterbuch, 6. Aufl.,
 Tübingen 1966
- Pekrun, Richard,
 Das deutsche Wort, Heidelberg/
 München 1959

- Prölss, Jürgen,
Beweiserleichterungen im Schadens-
ersatzprozeß, Diss., München 1966
- Quadflieg, Friedrich,
Das "neue" Flurbereinigungsgesetz
und seine Auswirkungen, Zeitschrift
für Vermessenswesen 1976, S. 166 ff
- Rosenberg, Leo,
Schwab, Karlheinz,
Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., München
1974,
dies.,
Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., München
1977
- Soergel, Hs.Th.,
Siebert, W.,
Bürgerliches Gesetzbuch mit Ein-
führungsgesetz und Nebengesetzen,
10. Aufl., Stuttgart 1967
- Schönke, Adolf,
Kuchinke, Kurt,
Zivilprozeßrecht, 9. Auflage,
Karlsruhe 1969
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno,
Klein, Franz,
Kommentar zum Grundgesetz für die
Bundesrepublik Deutschland, 2.Aufl.,
Berlin 1969
- Schneider, Egon,
Beweis und Beweiswürdigung, 2.Aufl.,
München 1971
- Schwartz, Johann, Christoph,
400 Jahre deutscher Zivilprozeß-
gesetzgebung, Darstellungen und
Studien zur deutschen Rechtsge-
schichte, Berlin 1898
- Seufert, Günther,
Bayerisches Enteignungsrecht,
Berlin 1957
- v. Staudinger, J.,
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch und dem Einführungsgesetz,
II. Band, Recht der Schuldverhält-
nisse, 1. Teil: §§ 241 - 432, 9.Aufl.
München 1930
- Stagel, Friedrich,
Michlmayr Eduard
Österreichische Gesetze, Bd. 6,
Zivilprozeßordnung und Juris-
diktionsnormen, 12. Aufl., Wien
1960
- Stein, Friedrich,
Die Zivilprozeßordnung für das
Deutsche Reich, 11. Aufl., Erster
Band, Tübingen 1913

- Stein Friedrich,
Jonas, Martin,
- Steuer, Robert,
- Stoll, Hans,
- ders.,
- Thomas, Heinz,
Putzo, Hans,
- Ude,
- Wach, Adolf,
- Wassermeyer, Heinz,
- Weigand, Fr.L.K.,
- Weitnauer, Herrmann,
- Werner, Manfred,
- Zivilprozeßordnung, 19. Aufl.,
Tübingen 1967-1972
- Flurbereinigungsgesetz, 2. Aufl.,
München 1967
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom
11.1.1972 - VI ZR 46/71 - in JZ
1972, S. 363 ff
- Haftungsverlagerung durch beweis-
rechtliche Mittel, AcP 176.Band
1976, S. 145 ff.
- Zivilprozeßordnung mit Gerichts-
verfassungsgesetz und den Ein-
führungsgesetzen, 8. Aufl., München
1975
- Freie Beweiswürdigung und freies
richterliches Ermessen (zu § 259
und § 260 etc. der C.P.O.:).
in: Zeitschrift für Deutschen Civil-
prozeß, VI. Band, Berlin 1883
- Der revidierte Entwurf der deutschen
Civilprozeßordnung in:
Kritische Vierteljahresschrift für
Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,
15. Band, München 1873, S. 339 ff
- Der prima facie Beweis und die be-
nachbarten Erscheinungen, Diss.
Münster, 1954
- Deutsches Wörterbuch, Band II,
5. Auflage, Gießen 1910
- Wahrscheinlichkeit und Tatsachen-
feststellung, in: Karlsruher Forum
1966, Beweisfragen im Schadens-
ersatzrecht, S. 3 ff
- Die Beweiswürdigung im Schadens-
ersatzprozeß nach § 287 ZPO, Diss.
Würzburg 1970

- | | |
|----------------------|--|
| Wieczorek, Bernhard, | Zivilprozeßordnung und Nebengesetze,
2. Aufl., Berlin, 1976 |
| Wussow, Werner, | Die Höhe des Schadensersatzanspruchs
bei Verletzung oder Tötung einer
Hausfrau und Mutter, in NJW 1970
S. 1393 ff |
| Zink, Eduard, | Über die Ermittlung des Sachver-
halts im französischen Civilprozeße,
1. und 2. Band, München 1860 |
| Zippelius, Reinhold, | Einführung in die juristische
Methodenlehre, 2. Aufl., München 1974 |
| Zöllner, Richard, | Zivilprozeßordnung mit Gerichts-
verfassungsgesetz und Nebengesetzen,
11. Aufl., München 1974 |



Einleitung und Problemstellung

"Die gerichtliche Schadensermittlung nach § 287 ZPO" - so lautet das Thema dieser Arbeit. Und manch einer wird sich fragen, ob es denn angebracht oder gar notwendig sei, sich in dem von einer Dissertation geforderten Umfang mit einer einzigen Gesetzesbestimmung zu befassen.

Sicher fände solcherlei Unterfangen keine Rechtfertigung, würde die Anwendung dieser Vorschrift keinerlei Schwierigkeiten mit sich bringen. Und sieht man einmal davon ab, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Vorschrift des § 287 ZPO recht umfangreich ist, so könnte - bei bloßer Betrachtung der Literatur - tatsächlich der Eindruck entstehen, als gebe es über die Anwendbarkeit dieser Norm kaum Zweifel. Denn bis in die jüngste Zeit findet sich speziell zur Frage der Anwendbarkeit des § 287 ZPO kaum wesentliche Literatur; erst in den letzten Jahren scheinen - so bemerken Rosenberg-Schwab⁽¹⁾ zu Recht - gegen die anscheinend bisher einheitliche Rechtsprechung Bedenken laut zu werden. So befassen sich vor allem

(1) Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., § 115, 2 c)

Hainmüller⁽²⁾, Prölss⁽³⁾ und Klauser⁽⁴⁾ mit der Problematik des § 287 ZPO, wobei jedoch nicht übersehen werden darf, daß bei Hainmüller § 287 ZPO nicht der Problemstellung, sondern der Abgrenzung einer anderen Problematik dient, Prölss die Vorschrift im Rahmen einer Spezialproblematik untersucht und lediglich der Aufsatz Klausers allein die Aufhellung der in § 287 ZPO enthaltenen Probleme zum Ziele hat. In jüngster Zeit untersuchen noch Arens⁽⁵⁾ in einem "Diskussionsbeitrag zur Auslegung des § 287 ZPO" und Werner⁽⁶⁾ die spezielle Problematik dieser Vorschrift.

Alle Verfasser jedoch kommen - ebenso wie ein Großteil der zu § 287 ZPO ergangenen höchstgerichtlichen Entscheidungen - auf das Zentralproblem bei der Anwendung dieser Vorschrift zu sprechen: die Frage, ob das Gericht nach § 287 ZPO lediglich bei der Ermittlung der Höhe eines Schadens vorgehen kann und darf, oder ob § 287 ZPO auch Anwendung findet bei der Ermittlung der Kausalität, wobei hier zunächst ganz bewußt noch keine Aussage darüber erfolgt, bei welcher Kausalität oder

(2) Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeits-
tat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß,
S. 145 ff

(3) Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß,
S. 47 ff

(4) Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadens-
schätzung, JZ 68, S. 167 ff

(5) Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung, ZZP
Bd. 88, S. 1 ff.

(6) Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß
nach § 287 ZPO

- besser ausgedrückt - bei der Kausalität zwischen welchen Erscheinungen. Daneben und im Zusammenhang mit diesem Problem wird bei der Frage, welche Befugnisse § 287 ZPO dem Gericht eigentlich verleihe, immer wieder diskutiert, ob das Gericht im Rahmen des § 287 ZPO eine "Schätzungsbefugnis" habe.

So wird denn auch diese Arbeit nach kürzeren Ausführungen über die grundsätzliche Stellung des § 287 ZPO und die damit zusammenhängende Frage, wozu eigentlich diese Vorschrift das Gericht bzw. die Parteien ermächtigt, und ob sie Schätzung zuläßt, als Hauptproblem die Untersuchung zum Gegenstand haben, inwieweit § 287 ZPO lediglich bei der Bestimmung der Schadenshöhe Anwendung finden kann oder ob er auch anwendbar ist bei der Frage nach der Kausalität und gegebenenfalls zwischen welchen Merkmalen der Anspruchsnorm.

Natürlich kann und will diese Untersuchung nicht den Anspruch auf Vollständigkeit und Endgültigkeit zu erheischen suchen. Vielmehr soll sie Denkanstöße vermitteln und mithelfen, den stetigen Prozeß der im Interesse der Erlangung zutreffender Aussagen über Inhalt und Reichweite von Normen immer notwendigen Auslegung der Gesetze⁽⁷⁾ zu fördern.

(7) vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 301, 302.

1. Teil

Systematische Stellung des § 287 ZPO

§ 1 § 287 ZPO als Vorschrift im Rahmen der
Beweislehre.

§ 287 wird grundsätzlich behandelt im Rahmen des Beweisrechts bzw. der Beweislehre⁽⁸⁾, wobei beide Begriffe synonym gebraucht werden.

Im Gesetz selbst befindet sich die Vorschrift im Zweiten Buch - "Verfahren im ersten Rechtszuge" -, dort im Ersten Abschnitt - "Verfahren vor den Landgerichten" -, hier wiederum im Ersten Teil - "Verfahren bis zum Urteil" -.

Einen Abschnitt "Beweislehre" oder "Beweisrecht" kennt das Gesetz also nicht. Erst der fünfte Titel des ersten Abschnitts des Zweiten Buchs enthält das Wort "Beweis", wenn er lautet: "Allgemeine Vorschriften über die Beweisaufnahme."

Demnach könnte man zu der Auffassung gelangen, § 287 ZPO habe mit "Beweis" überhaupt nichts zu tun, zumal der grundlegende Satz 1 des Absatzes 1 der

(8) Vgl. Rosenberg-Schwab, § 115

Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 72 IV

Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts,
Viertes Kapitel

§ 1 I

Vorschrift von der Entscheidung des Gerichts nach freier Überzeugung, nicht jedoch von Beweis spricht.

I. Begriff des Beweises

Um entscheiden zu können, ob § 287 tatsächlich dem Beweisrecht angehört, muß man erst einmal über den Begriff "Beweis" als solchen und vor allem im Sinne der Rechtswissenschaft nachdenken.

Zunächst kann man den Begriff "Beweis" allgemein definieren als "die Darlegung der Wahrheit oder Unwahrheit eines Urteils durch tatsächliche oder logische Gründe"⁽⁹⁾.

Weiter wird der Begriff "Beweis" häufig verwendet hauptsächlich in der Naturwissenschaft, wo Urteile aus anderen Urteilen, die als wahr vorausgesetzt sind, nach bestimmten Schlußregeln abgeleitet werden.⁽¹⁰⁾

Insoweit spricht man davon, daß der Beweis erbracht sei.

Diese allgemeinen Definitionen können jedoch nur weiterhelfen, wenn bei der Anwendung das Spezifische

(9) Der Neue Brockhaus, Band 1, S. 286

(10) wie (9)

§ 1 I

des Beweises in der Rechtswissenschaft beachtet wird. Insofern ist die Definition vom Zweck her zu stehen, zumal innerhalb des Rechtssystems der Beweis ja nicht Selbstzweck sein kann, sondern eine bestimmte Funktion für das Ganze haben muß.

So beschreiben denn auch eigentlich alle Definitionen des Beweises in der zivilprozessualen Literatur eine Tätigkeit. Rosenberg-Schwab⁽¹¹⁾ begreifen "Beweis" als "eine Tätigkeit, die in dem Richter (judici fit probatio) die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung begründen soll." Bei Schönke-Kuchinke⁽¹²⁾ wird eine Definition des Begriffes erst gar nicht versucht; vielmehr wird hier abgestellt auf das "Beweisziel", das darin bestehe, vom Standpunkt der Parteien aus das Gericht von der Wahrheit eines Vorbringens zu überzeugen, wobei das Beweisverfahren der Prüfung diene, ob die Summe der Einzelbehauptungen, welche die Tatbestandsmäßigkeit eines Sachverhaltes ergeben, wahr ist. Auch Blomeyer⁽¹³⁾ gibt unter der Überschrift "Begriff des Beweises" nicht eigentlich eine Definition, wenn er ausführt:

"Dieser Feststellung dient der Beweis: Er umfaßt die Tätigkeit von Parteien und Gericht, die darauf gerichtet ist, dem Gericht die Überzeugung von der Richtigkeit einer Behauptung zu verschaffen."

(11) Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., § 113, I

(12) Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., § 56, II

(13) Zivilprozeßrecht, § 66, I

§ 1 I

Auch schon Endemann⁽¹⁴⁾ bezeichnet als Zweck des Beweises, den Richter von der Wahrheit zu überzeugen. In gleicher Weise verfährt L. von Bar⁽¹⁵⁾, wenn er darlegt:

"Anders dagegen verhält es sich mit dem Factum. Die Parteien behaupten und leugnen gegeneinander Rechte; die letzteren aber folgern sie aus Thatsachen, welche sie behaupten, und die Thatsachen müssen sie beweisen, d.h. sie müssen das Gericht von der Existenz oder bzw. Nichtexistenz der Thatsachen durch allgemein anerkannte Wahrheitsforschungsmittel überzeugen."

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß unter Beweis im Sinne der Rechtswissenschaft eine Tätigkeit zu verstehen ist, die zum Ziele hat, dem Gericht die Überzeugung vom Gegebensein bestimmter Tatsachen zu verschaffen⁽¹⁶⁾.

Freilich spricht man von Beweis nicht nur im Zusammenhang mit der Beweisführung, sondern auch bei der Bezeichnung des Beweismittels, der Beweisaufnahme oder des Beweiserfolges⁽¹⁷⁾. Für die vorliegende Untersuchung ist aber nur auf den eigentlichen Beweis, die Beweistätigkeit, abzustellen.

(14) Beweislehre, S. 35

(15) Recht und Beweis im Civilprozesse, S. 1

(16) so Engisch, Einführung, S. 50

(17) Rosenberg-Schwab, 11. Aufl., S. 585

§ 1 II

II. Beweis und Überzeugung

Aus den gesamten genannten Beschreibungen ergibt sich mühelos ein enger Zusammenhang zwischen Beweis und Überzeugung. Der Beweis oder - da meist als Tätigkeit bezeichnet - besser das Beweisen zielt ab auf die Überzeugung des Gerichts. Gerade mit dieser Überzeugung des Gerichts als Grundlage einer bestimmten Entscheidung befaßt sich aber vom Wortlaut her § 287 ZPO. So rechtfertigt es sich also, diese Vorschrift der Beweislehre zuzuordnen.

Freilich wäre es vielleicht sinnvoller, die §§ 282 ff ZPO⁽¹⁸⁾ nicht unter dem Begriff Beweislehre abzuhandeln, sondern etwa in einem Kapitel mit der Überschrift "Grundlagen der gerichtlichen Entscheidung und richterliche Überzeugungsgewinnung."

Betrachtet man nämlich die genannten Vorschriften genauer, so befassen sie sich damit, inwieweit Tatsachenbehauptungen überhaupt von der Wahrheitsfindung und somit von der Überzeugungsbildung durch das Gericht erfaßt werden, und - soweit dies der Fall ist -, wie diese Überzeugungsbildung zu gewinnen ist. Dabei spielen auch der Beweis und seine Würdigung eine nicht unwesentliche Rolle. Der Beweis ist aber nicht das einzige Mittel zur Überzeugungsbildung.

(18) hier ist die bis 30.6.1977 gültige Fassung der ZPO zugrundegelegt

§ 2

Inwieweit § 287 ZPO dann, wenn man aus ihm die Befugnis zur Schätzung ableiten wollte, noch als Vorschrift des Beweisrechts angesehen werden könnte, mag zunächst einmal dahinstehen, zumal im weiteren Bereich der Überzeugungsgewinnung als Grundlage einer Entscheidung rein begrifflich auch die Schätzung angesiedelt werden könnte.

§ 2 Geschichtlicher Rückblick auf die Entwicklung
der Beweislehre und auf die Entstehung des
§ 287 ZPO

Um die systematische Stellung und den Aussagegehalt des § 287 ZPO erfassen zu können, bedarf es eines geschichtlichen Rückblicks auf die Entwicklung der Beweislehre und auf die Entstehung speziell der Vorschrift des § 287 ZPO.

Ein solcher Rückblick befaßt sich zweckmäßigerweise mit den wesentlichen historischen Wurzeln des heutigen Rechts, dem römischen Recht, dem germanischen Recht, dem sog. kanonischen Recht, dem Recht nach der Rezeption und der Entwicklung des Rechts im 19. Jahrhundert bis zur Entstehung der Reichsjustizgesetze⁽¹⁹⁾.

(19) vgl. Rosenberg-Schwab, 11. Aufl., §§ 4 und 5; Endemann, Beweislehre, S. 6 ff.; Schwartz, Vierhundert Jahre, S. 1 - 22; Musielak, Grundlagen der Beweislast, S.190.

§ 2 I

I. Das römische Recht

Es würde hier zuweit führen und hätte auch für die im Rahmen dieser Untersuchung interessierenden Probleme keine Relevanz, wollte man das gesamte römische Recht darstellen, beginnend in der römischen Frühzeit bis hin zur umfangreichen Niederschreibung des oströmischen Kaisers Justinian (527 - 565 n. Chr.), einer Kodifizierung, die dann später zur Zeit ihrer "Wiederentdeckung" an der Universität von Bologna zur Unterscheidung vom corpus juris canonici die Bezeichnung corpus juris civilis zugedacht erhielt⁽²⁰⁾. Hier soll vielmehr das römische Zivilverfahren im wesentlichen im Hinblick auf das Beweisrecht und die Beweismwürdigung betrachtet werden.

Dabei sind von Bedeutung hauptsächlich einmal die vorklassische und klassische Periode und zum anderen die nachklassische Zeit⁽²¹⁾.

In der vorklassischen und klassischen Periode kannte man den Legisaktionenprozeß, in welchem sich das Verfahren in 2 Abschnitte, nämlich das Verfahren "in iure" und das "apud iudicem"⁽²²⁾ teilte. Diese Aufteilung behielt auch der sog. Formularprozeß

(20) Düll, corpus juris S. 5

(21) Musielak, Grundlagen der Beweislast, S. 191, 201

(22) Musielak, Grundlagen der Beweislast, S. 191; vgl. auch Endemann, Beweislehre, S. 7 ff.

§ 2 I

bei, der den Legisaktionenprozeß ablöste⁽²³⁾.

Wesentlich für diese Betrachtung erscheint die Tatsache, daß in diesem römischen Prozeß zum einen das Prinzip der materiellen Wahrheit gegolten hat, zum anderen die Überzeugung der Richtigkeit von Tatsachenbehauptungen durch das Gericht zu gewinnen gewesen ist⁽²⁴⁾. Den Parteien oblag die Aufgabe, die Überzeugung des Richters zu bestimmen⁽²⁵⁾, wobei die Beweislast den traf, der etwas Rechtserhebliches behauptete, bei Einreden den, der die Einrede brachte.

"Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat." D.22, 3, 2

"In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse." D.22, 3, 19
(26)

Alle Beweismittel, die vernünftigerweise auf die Überzeugung des Richters einzuwirken geeignet erscheinen, können benutzt werden, so Urkunden, Augenschein, Zeugnis usw.⁽²⁷⁾. Anders ausgedrückt ist "Beweismittel alles, was der Logik dient: also im allge-

(23) Musielak, Grundlagen der Beweislast, S. 192

(24) Endemann, Beweislehre, S. 14
Schwartz, Vierhundert Jahre, S. 16, 17

(25) Schwartz, wie (24)

(26) Düll, Corpus Juris, S. 220

(27) Schwartz, Vierhundert Jahre, S. 16, 17
Kaser, Das Römische Zivilprozeßrecht 1966, S. 280
u. S. 389
Musielak, Grundlagen der Beweislast, S. 194, 202

§ 2 I

meinen Sinn Personen und Sachen." (28)

Während in der Zeit der römischen Frühgeschichte der Richter wahrscheinlich noch an feste Beweisregeln gebunden war, waren diese Bindungen in den obengenannten Verfahrensarten bereits weitgehend gefallen. Letzte Beweisregeln, die im Legisaktionsprozeß noch bestanden, wurden im Laufe der Zeit aufgehoben, sodaß im Formularverfahren die Freiheit richterlicher Tatsachenwürdigung vollkommen war (29).

In der nachklassischen Zeit wurde dann diese Freiheit richterlicher Beweiswürdigung durch Bestimmungen über die Zulässigkeit von Beweismitteln und vereinzelte Regeln über die Beweiswert zwar wieder nicht unerheblich eingeschränkt, dennoch war die freie Beweiswürdigung noch erhalten (30).

Im übrigen kannte man im römischen Zivilprozeßverfahren - und das ist für die spätere Betrachtung nicht ohne Bedeutung - eine Schätzungsbefugnis des Richters. Es gab den Grundsatz der sog. "aestimatio a iudice facienda" (30a).

(28) Endemann, Beweislehre, S. 14, 15

(29) Musielak, Grundlagen der Beweislast, S. 196
mit weiteren Literaturnachweisen

(30) Musielak, Grundlagen der Beweislast, S. 205,
Kaser, Das römische Zivilprozeßrecht, S. 489, 495

(30a) vgl. Ude, Freie Beweiswürdigung, S. 456, unter
Bezugnahme auf Gajus IV §§ 49 - 53, I 5 § 1 D etc.

§ 2 II

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß im römischen Zivilprozeß vor allem der klassischen, aber auch der nachklassischen Zeit der Grundsatz der freien Beweiswürdigung galt, bereichert durch die dem Richter eingeräumte Schätzungsbefugnis.

II. Das germanische Recht

Völlig anders als in dem recht neuzeitlich anmutenden römischen Prozeß verhält es sich im germanischen Recht. Dabei läßt sich das altdeutsche Gerichtsverfahren nur aus dem völlig anderen Rechtsverständnis heraus begreifen:

Nicht eigentlich das Gesetz steht gleichsam als Herrscher über dem Einzelnen, sondern die Genossenschaft der Freien steht in dem Gesetz⁽³¹⁾.

Zunächst versuchen die Parteien, ihren Streit durch außergerichtliche Sühne beizulegen. Erst wenn dies mißlungen ist, tritt die Versammlung der Volksgenossen ein, wobei dann das Urteil namens der verletzten Gesamtheit ergeht, die dadurch Sühnezwang ausübt⁽³²⁾.

Vor allem auch der Ehrfurcht gegenüber der Persönlichkeit des freien Mannes⁽³³⁾ entspricht die damalige Beweislehre. Nicht die Wahrheit oder Unwahrheit behaupteter Tatsachen ist zu beweisen; viel-

(31) Endemann, Beweislehre, S. 27, 28

(32) Schwartz, Vierhundert Jahre, S. 4

(33) wie (32)

§ 2 II

mehr war Gegenstand des Beweises die Rechtsbehauptung als solche⁽³⁴⁾, wobei die eigene Versicherung die Grundlage bildete⁽³⁵⁾. Nur in ganz bestimmten Formen konnte Beweis erbracht werden. Das Hauptbeweismittel war der Eid, und zwar der eigene, gegebenenfalls unterstützt durch den von mehreren sogenannten Eideshelfern. Allerdings brauchten die Eideshelfer gar nicht um den Streitgegenstand zu wissen, da ihr Eid nicht die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit von Tatsachen zu erbringen hatte, sondern die Zuverlässigkeit des Einzelnen bezeugen sollte⁽³⁶⁾. Die Form allein entscheidet also und ist vom Gericht zu beachten. Mißlingt der Eid, kann Beweis nur noch das Ordal, das sog. Gottesurteil also erbringen⁽³⁷⁾.

Im Gegensatz zum römischen Recht sucht also das Gericht nicht nach der materiellen Wahrheit unter Ausnutzung der der Wahrheitsforschung dienenden logischen Mittel.

Demgemäß erbrachte die beweisführende Partei den ihr obliegenden Beweis auch nicht mit dem Ziel, das Gericht von der Wahrheit der von ihr aufgestellten Behauptung zu überzeugen. Vielmehr kam es ausschließlich darauf an, die streng formalen Beweis-

(34) Rosenberg-Schwab, 11. Aufl., S. 17

(35) Endemann, Beweislehre, S. 28

(36) Schwartz, Vierhundert Jahre, S. 12

(37) Endemann, Beweislehre, S. 28
Rosenberg-Schwab, 11. Aufl., S. 17

§ 2 III

anforderungen zu erfüllen, von deren genauer Beachtung das Gelingen des Beweises allein abhängig war. So konnte das germanische Recht eine materielle Beweiswürdigung eben überhaupt nicht⁽³⁸⁾.

Freilich entwickelte sich auch dieses Recht fort⁽³⁹⁾; jedoch blieben ihm die vorgenannten Grundsätze - wenn auch in sich wandelnder Form - anhaften und finden sich teilweise sogar noch in dem bereits in Kenntnis des "fremden", des römischen Rechts, von Eike von Repgow niedergeschriebenen Sachsen-spiegel⁽⁴⁰⁾.

III. Der italienisch-kanonische Prozeß

In Oberitalien entwickelte sich teils unter dem Einfluß des kirchlichen Rechts und im übrigen aus einer Mischung germanischer Rechtsquellen mit dem an der Universität Bologna wiederentdeckten römischen Recht Justinians ein germanisch - romanischer Mischprozeß⁽⁴¹⁾, dessen hervorstechendstes Merkmal seine durch unzählige Termine und durch die infolge der Vermehrung des Prozeßstoffes notwendig gewordene Protokollierung - quod non est in actis, non est in mundo - hervorgerufene Schwerfälligkeit war.

(38) so Musielak, Grundlagen der Beweislast S. 210

(39) Endemann, Beweislehre, S. 28
Rosenberg-Schwab, 11. Aufl., S. 17

(40) Schwartz, Vierhundert Jahre, S. 12

(41) Rosenberg-Schwab, 11. Aufl., S. 17

§ 2 IV

Die Beweiswürdigung war eine an bestimmte Regeln gebundene, die zum Ziele nicht die Erforschung der materiellen Wahrheit, sondern die der sog. "juridischen" Wahrheit hatte⁽⁴²⁾.

Das von den gelehrten Juristen geschaffene und ständig fortentwickelte Beweisrecht wurde zu einer Summe von Rechtsregeln.

"Es war in der That der Plan der Juristen, daß keine ~~Tha~~frage gesetzlich oder doktrinell unentschieden bleiben sollte. Der subjektiven Überzeugung des Richters wollte man wo möglich gar Nichts überlassen; überall sollte er unter der objektiven Rechtsregel stehen"⁽⁴³⁾.

IV. Das Recht nach der Rezeption

Nach der sog. Rezeption des römischen Rechts im 14. und 15. Jahrhundert verbreitet sich der italienisch-kanonische Prozeß in Deutschland. Dies vor allem deshalb, weil an die Stelle der alten Schöffengerichte die Gerichtsbarkeit der Grund- und Landesherren tritt, die unter die Leitung der in Bologna ausgebildeten doctores iuris gestellt werden⁽⁴⁴⁾. Durch die Einführung des neuen Verfahrens am 1495 errichteten Reichskammergerichte gewinnt dieses Recht noch

(42) Endemann, Beweislehre, S. 23 ff, S. 25

(43) wie (42)

(44) Rosenberg-Schwab, 11. Aufl. S. 18, 19

§ 2 V

an Bedeutung und erlangt subsidiäre Geltung im ganzen Reich.

Neben diesem Kammergerichtsprozeß besteht noch der sächsische Prozeß, dessen Grundlagen 1654 teilweise in den kammergerichtlichen Prozeß übernommen werden⁽⁴⁵⁾.

Aus diesen Verfahren entwickelt sich dann der bis ins 19. Jahrhundert als subsidiäres Recht neben den Territorialgesetzgebungen geltende sog. gemeine Prozeß, bei dem die Beweismwürdigung nicht frei, sondern an feste Beweisregeln gebunden ist⁽⁴⁶⁾. Es gilt die sog. formelle oder legale Beweistheorie⁽⁴⁷⁾, deren Ziel eben das Herausfinden der juristischen und nicht der materiellen Wahrheit war.

V. Die Zeit der Entwicklung der Reichsgesetze und die Entstehung der §§ 249, 250 CPO.

Vor allem wohl der durch die Aufklärung in der Beweislehre zunehmend auf logischer Grundlage basierende, richterlicher Überzeugung zugewandte Strafprozeß beeinflusste immer mehr auch den Zivilprozeß und

(45) wie (44)

(46) wie (45)

(47) wie (46);
Endemann, Beweislehre, S. 4

§ 2 V

dessen Beweislehre in Richtung weg von der Legaltheorie hin zum Prinzip der freien richterlichen Überzeugung⁽⁴⁸⁾. Immer mehr machte man sich Gedanken über die Ablösung der formellen Beweistheorie: "Die Hinweisung auf das richterliche Ermessen nimmt in jedem neuen Lehrbuch immer größeren Platz ein."⁽⁴⁹⁾.

Dabei haben das Bedürfnis nach materieller Wahrheitsfindung und die stärkere Achtung vor der Persönlichkeit des Richters als Wahrheitsfindungs- und Schiedsorgan gleichermaßen starken Einfluß ausgeübt. Dies mag erhellen zum einen aus dem nachfolgend zitierten Satz aus Endemanns Beweislehre, zum andern aus den sich anschließenden Zitaten aus den Materialien zur CPO:

"Unter dem Bedürfnis nach materieller Wahrheit fallen stückweise die formellen Regeln zusammen, oder werden so gestreckt und beschränkt, daß sie kaum noch allgemeinen Werth besitzen."⁽⁵⁰⁾

" Diese sehr freie Stellung kann dem deutschen Richter im Vertrauen auf dessen Bildung, Integrität und unabhängige Stellung unbedenklich gewährt werden."⁽⁵¹⁾

(48) wie vor S. 33

(49) wie vor S. 32

(50) wie vor S. 33

(51) Hahn, Die gesamten Materialien, IX Die Freie Würdigung des Beweises, § 249 (jetzt § 286 ZPO).

§ 2 V

"Der Gesetzgeber darf von der Erwartung ausgehen, daß der deutsche Richter mit Takt und Sachkenntnis von den ihm beigelegten weitreichenden Befugnissen den rechten Gebrauch machen wird."⁽⁵²⁾

Während Endemann in seiner 1860 erschienenen Beweis-
lehre die Entwicklung hin zur freien richterlichen
Überzeugung noch aufzeigt und sich vor allem noch
damit auseinandersetzt, ob diese einzuführen ge-
rechtfertigt sei und wenn, dann nur in der Weise,
daß sie kontrollierbar dadurch bleibe, indem sie jedes-
mal ihre Gründe geben müsse⁽⁵³⁾, enthält der so-
genannte Hannover'sche Entwurf von 1866, der dann
weitgehend die Grundlage für die ZPO bilden sollte,
die freie Beweiswürdigung bereits in seinem § 306,
der folgenden Wortlaut hatte:

"Das Gericht hat das Ergebnis der Beweis-
führung nach freier Überzeugung zu würdi-
gen; an gesetzliche Beweisregeln ist das-
selbe nur in den durch dieses Gesetz be-
stimmten Fällen gebunden."

Und dieser Hannover'sche Entwurf enthielt auch schon
folgenden § 307:

"Wenn der Betrag eines zu ersetzenden Scha-
dens voraussichtlich nicht oder nur mit
großer Schwierigkeit zu erweisen ist, so
kann das Gericht auch von Amts wegen diesen
Betrag nach dem Ergebnisse der Verhandlungen,
unter Würdigung aller Umstände und geeigne-
tenfalls nach Anhörung von Sachverständigen,

(52) wie (51), zu § 250 (jetzt § 287 ZPO)

(53) Endemann, Beweislehre, S. 635

§ 2 V .

der Billigkeit gemäß festzusetzen. Diese Vorschrift findet auch dann Anwendung, wenn eine Beweisaufnahme über den Betrag des Schadens bereits stattgefunden hat.

Diese Art der Festsetzung des Schadens darf nur mit Zustimmung des Beschädigten stattfinden, wenn derselbe zum Schätzungseide berechtigt ist."

Dabei waren bei dieser Art der Gestaltung der Beweislehre "Antrieb und Richtpunkt die neben der Mündlichkeit zu einem zweiten Brennpunkt prozessualer Reformvorstellungen gewordene Forderung nach freier Beweiswürdigung, an der zunehmend nicht nur der Umfang richterlicher Eigenwertung des Beweismaterials, sondern auch die Frage nach der Zulässigkeit von Beweismitteln und der Gestaltung des Aufnahmeverfahrens selbst gemessen wurden." (54)

Den vorgenannten Vorschriften des Hannover'schen Entwurfs vergleichbare fand man auch in anderen Verfahrensordnungen jener Zeit, so etwa in den preußischen Gesetzen von 1855 und 1869⁽⁵⁵⁾ oder in den um die Jahrhundertmitte entstandenen Prozeßordnungen Badens und Bayerns.

So lautete z.B. der dem § 307 des Hannover'schen Entwurfs vergleichbare § 595 der Prozeßordnung

(54) G.J. Dahlmanns, Bundesstaaten-Entwurf einer ZPO von 1866 und Preußischer Justizministerialentwurf von 1871, S. 19

(55) Hahn, Die gesamten Materialien Schwartz, Vierhundert Jahre deutscher Civilprozeßgesetzgebung, S. 661

§ 2 V

in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden von 1851 folgendermaßen:

"Ist sowohl das Vorhandensein eines Schadens, als die Verpflichtung einer Partei zu dessen Ersatz gewiß, ist aber der Betrag des Schadens aus Gründen, die in der Sache selbst liegen, durch die gewöhnlichen Beweismittel gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten nachzuweisen, so kann das Gericht den Umständen und der Billigkeit gemäß die Größe der Entschädigung bestimmen, und es bleibt dabei seinem Ermessen überlassen, ob es zuvor noch Sachverständige vernehmen oder dem Kläger einen Schätzungseid nach L.R.S. 1369 Abs. 2 auferlegen will."

Die wiederum entsprechende Vorschrift der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern von 1869, nämlich Artikel 330, hatte folgenden Wortlaut:

"Ist bei feststehender Verpflichtung zur Erstattung eines Schadens die Ermittlung des Betrags durch Beweisführung voraussichtlich nicht zu erzielen oder mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden, so hat das Gericht eine solche Beweisführung nicht zuzulassen, sondern die Größe der Entschädigung nach dem Ergebnisse der Verhandlung und allenfalls auf Grund eines vorher von Amtswegen zu erholenden Gutachtens von Sachverständigen der Billigkeit gemäß festzusetzen."

Unter der Leitung Leonhardts, der auch schon der Vater des hannoverschen Entwurfs war, entstanden dann der Preußische Ministerialentwurf von 1871, der sog. zweite Entwurf von 1872 - erstellt von

§ 2 V

der vom Bundesrat im Mai 1871 "niedergesetzten Commission zur definitiven Feststellung des Entwurfs einer Reichscivilprozeßordnung auf Grund des preußischen Ministerialentwurfs von 1871 unter Berücksichtigung des norddeutschen Entwurfs"⁽⁵⁶⁾ - und der im Frühjahr 1874 fertiggestellte dritte Entwurf, der dann schließlich nach nochmaligen redaktionellen Änderungen und langen Beratungen sowohl in der zu seiner Prüfung eingesetzten Reichstagskommission als auch im Reichstag selbst am 18. November und 21. Dezember 1876 vom Reichstag fast einstimmig angenommen wurde⁽⁵⁷⁾.

Dieses am 30. 1. 1877 verkündete⁽⁵⁸⁾ Gesetz, die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, enthielt die beiden folgenden Vorschriften:

§ 259

"Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind.

An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden."

(56) Schwartz, Vierhundert Jahre deutscher Civilprozeßgesetzgebung, S. 661

(57) wie (56), S. 661 - 664

(58) Rosenberg-Schwab, 11. Aufl., S. 22

§ 2 V

§ 260

"Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. Das Gericht kann anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. In diesem Falle hat das Gericht zugleich den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf. Die Vorschriften über den Schätzungseid werden aufgehoben."

Durch diese in ihrem Wortlaut bis heute kaum geänderten Vorschriften ist demnach die sog. freie Beweiswürdigung als Kernpunkt der Beweislehre ins Gesetz eingeführt worden.

An dieser Stelle erscheint es zum besseren Verständnis der folgenden Erörterungen erforderlich, über die rein zeitliche Entstehungsgeschichte der zitierten Vorschriften hinaus auf die im Rahmen der "engeren" Entstehungsgeschichte vorhandenen Einflüsse und Meinungen ein wenig einzugehen:

Im Jahre 1860 erschien in München als "Beitrag vergleichender Studien und beleuchtender Rechtsfälle zur Umbildung des gerichtlichen Verfahrens in deutschen Landen" ein grundlegendes Werk des königl. bayer. Oberappellationsgerichts-Raths

§ 2 V

Eduard Zink mit dem Titel "Über die Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Civilprozesse". In diesem Buch befaßt sich Zink im vierzehnten Abschnitt auch mit dem französischen Schädigungsprozeß⁽⁵⁹⁾.

In der den wissenschaftlichen Abhandlungen jener Zeit beneidenswert eigenen, die Begeisterung für das Befassen mit der Materie zu tage fördernden Bildhaftigkeit schildert Zink die Eigenart dieses französischen Schadensprozesses. Dabei faßt er die wesentlichen Kriterien zusammen wie folgt:

"Zwei Dinge sind es, welche die französische Rechtspflege hierbei besonders auszeichnen, vor allem die Leichtigkeit des Beweises, die schnelle und kühne Beweglichkeit der Rück-sichten, nach denen die Schuld bemessen, der Schaden abgewogen und zu Geld angeschlagen wird, und dann als nächste Folge hiervon das Bestehen einer vollkräftigen und tiefeinschneidenden Verantwortlichkeit, der wirksame Schutz, welcher dem Anspruche auf Ersatz des Schadens und des vollen Interesses gewährt ist und eine Haftbarkeit hierfür, von der man in Deutschland keine Vorstellung hat, und sich dieselbe zu machen, nur schwer im Stande sein wird.

Eines ist hierbei vor Allem ganz gewiß, man kann in dieser Beziehung sagen was man will, der französische Richterspruch auf Schäden und Interessen - dommages - intérêts - ist ein Urtheil auf Gerathewohl, auf gut Glück, er gibt eine Schätzung überhaupt genommen, einen beiläufigen Anschlag des Schadens, und liefert eine höchst summarisch nur

(59) S. 563 ff.

§ 2 V

annäherungsweise ermittelte Vergütung, ein secundum aequum et bonum bestimmtes proportionierliches Adversionsquantum... Er kann aber auch in aller Welt vernünftiger Weise nichts Anderes sein, thun und leisten, soll nur eine halb erträgliche Lösung dieser mißlichen Aufgabe zum Vorscheine kommen... Das franz. Urtheil auf Schadensersatz ist eine glückliche Improvisation der erlittenen Verluste und Vortheile, die sich hätten erwarten lassen, ein billigmäßiger Ueber-schlag der Haftungen, die vereitelt wurden, der annehmbare Werthmesser für Dinge, die nur dem Namen nach bekannt sind; - es ist eine Forschung im Unergründlichen, ein Licht-bild in der Dämmerung, eine Schöpfung aus sich selbst, aus ungebundener Anschauung, ein Errathen des Verborgenen, die Vorhersehung des zu Nichts Gewordenen, der stellvertreten-de Vorschub des zunächst Kommenden für das unzugängliche Gewisse; - es ist die gesagte Ausprägung des zugefügten Unrechts mit all' seinen verderblichen Folgen, mit all' seinen störsamen Nachwirkungen in einer scharf be-gränzten Form, in einem bleibenden Abdrucke, der dasselbe allein in den Bereich herab-zieht, in dem es erfaßlich, und seine Aus-gleichung als ein Gebot, als der höchste Zweck aller Gerechtigkeit erreichbar wird." (60)

Diese überschwenglichen Worte finden dann in den weiteren Ausführungen ihre Begründung und werden unterstützt durch einen im Anhang befindlichen Katalog französischer Urtheile.

Der Schädiger begehe an dem Geschädigten ein zwei-faches Unrecht, einmal durch die Schmälerung seines Vermögens schon an sich, und überdies noch dadurch,

(60) a.a.O. S. 564, 565

§ 2 V

daß er ihn um die Mittel bringe, mit denen er die Größe seines Schadens hätte beweisen und klar vor Augen legen können. Um dieser Schwierigkeit gerecht zu werden, müsse an die Stelle der unmöglich gemachten Erhebung und Berechnung des Schadens das richterliche Ermessen treten⁽⁶¹⁾.

Betrachtet man dann die im Anhang zu Zink's Werk wiedergegebenen französischen Urteile⁽⁶²⁾, so fällt auf, daß sie praktisch immer auf einen glatten Geldbetrag als zu leistende Entschädigung lauten. Unter Abwägung der verschiedenen Umstände des Einzelfalles setzt das Gericht nach freiem Ermessen eine bestimmte Summe fest.

Dr. Gustav Lehmann, seinerzeit Advocat zu Dresden, nahm dann in seinem 1865 erschienenen Buche⁽⁶³⁾ wiederholt und mit Engagement Bezug auf die Ausführungen Zink's. Nachdem er dargelegt hat, wie langwierig sich der deutsche, speziell der sächsische Schadensersatzprozeß wegen der allzu hohen Anforderungen an den Beweis des Schadens gestalte und wie wenig befriedigend die Ergebnisse solcher Prozesse seien, entwickelt er seine Gedanken für eine Reform:

(61) a.a.O. S. 570

(62) a.a.O. Zweiter Band S. 179 ff

(63) "Der Nothstand des Schadenprozesses und der Entwurf der königl. Sächs. Civilprozeßordnung."

§ 2 V

Die absolute Richtigkeit der Schadenssummen dürfe das Ziel des Richters im Schadensprozesse überhaupt nicht sein, weil eine solche Richtigkeit gar nicht zu erlangen sei. Das Ziel des Richters müsse nur auf approximative Bestimmung der Schadenssumme gerichtet sein. Der französische Richter setze sich nur dieses relative Ziel und erreiche es; er sehe die *dommages et intérêts*, die er auswerfe, nur mehr als eine Art Substrat, als eine Art Notäquivalent des nicht zu ermittelnden, des nimmer zur Ziffer zu bringenden wahren Schadens an⁽⁶⁴⁾.

Solle der Richter befähigt werden, auch in solchen Fällen, wo es an allen festeren Anhaltspunkten fehlt, eine Schadenssumme anzuerkennen, so müßten die Prozeßgesetze ihn dazu ausdrücklich autorisieren. Nach Lehmann's Dafürhalten⁽⁶⁵⁾ wäre eine Bestimmung des Inhalts am Platze,

daß das Gericht die Frage über Vorhandensein und Höhe der Schäden in der freiesten Würdigung aller gegebenen Umstände auf Grund dessen zu entscheiden habe, was die einfache und natürliche Vermutung und die gemeine Erfahrung des Lebens nach Lage der Dinge an die Hand zu geben pflege.

Die Summe der Schäden sollte in der Regel in approximativen Bauschquanten ausgeworfen werden.

(64) a.a.O. S. 13

(65) a.a.O. S. 23

§ 2 V

Lehmann schlägt schließlich⁽⁶⁶⁾ folgende Fassung einer Vorschrift über die Schadensermittlung vor:

"Die Frage über Vorhandensein und Höhe von Schäden kann in richterliches Ermessen gestellt werden. Das Gericht darf sich diesem Ermessen nicht entziehen. Es hat bei Übung desselben vor Allem zum Maßstab zu nehmen, was einfache Vermuthungen und die gemeine Erfahrung des Lebens an die Hand geben, überhaupt in völlig ungebundener Würdigung aller einschlagenden Umstände die Entscheidung zu treffen. Die Schadenssumme ist in der Regel in freiem Aversionalanschlage (d.h. in einem Bauschquantum) auszuwerfen. Dem Gericht steht es frei, wenn nöthig, zu besserer Instruierung auch amtswegen Erörterungen anzustellen. Desgleichen ist es seinem Ermessen überlassen, inwieweit es da, wo Fachkenntnisse in Frage kommen, für erforderlich erachtet, Sachverständige als richterliche Gehülfen zuzuziehen oder von deren Zuziehung abzusehen. Nur in dem Falle, wenn es an jedem anderen Anhalte gebricht, kann es zur Bekräftigung thatsächlicher Behauptungen einen Eid auferlegen."

Mit den Gedanken Lehmanns wurde dann im Jahre 1867 auch der Sechste Deutsche Juristentag konfrontiert. In der ersten Sitzung der vierten Abtheilung am 27. August 1867⁽⁶⁷⁾ hatte sich diese mit dem Antrag eines Assessors Lincke zu befassen, der in den hier interessierenden Punkten lautete:

"Der Deutsche Juristentag wolle aussprechen:

- 1) Das Verfahren im Schadensprozesse, wie es in den meisten Theilen Deutschlands besteht, bedarf einer gründlichen Umgestaltung.

(66) a.a.O. S. 33

(67) Verhandlungen des Sechsten Deutschen Juristentags, Zweiter Band, S. 248 ff.

§ 2 V

- 2) Insbesondere gilt dieses nach folgenden Richtungen:
 - a) sowohl bei Ermittlung der Existenz des Schadens, als bei Bestimmung der Höhe des Schadensersatzes hat der erkennende Richter bei Prüfung der von den Parteien gegebenen Unterlagen in der Hauptsache und an erster Stelle seinem freien Ermessen zu folgen"; (68)

Über diesen Antrag hatte der Juristentag ein Gutachten Lehmans erhält, das Gegenstand der Beratung war. In diesem Gutachten⁽⁶⁹⁾ entwickelt Lehmann in etwa die selben Gedanken wie in seinem oben vorgestellten Buche⁽⁷⁰⁾. Lehmann wandelt den Antrag Linckes in seinem Gutachten dahin ab:

"Die Frage über die Existenz und Höhe von Schäden kann in das freie richterliche Ermessen gestellt werden, und darf sich der Richter dem nicht entziehen."

Der Berichterstatter, Dr. Schaffrath, sprach in seinem Antrag dann von der "Festsetzung" des Schadensbetrages durch den Richter nach dessen freier Überzeugung⁽⁷¹⁾. Ein anderer Teilnehmer, Dr. Eller, zog zur Begründung der Forderung nach freiem richterlichen Ermessen bei der Bestimmung der Größe des Schadens ein französisches Urteil heran, welches er als "prätorisches" bezeichnete und das etwa folgenden Inhalt hatte:

(68) a.a.O. (67), S. 250

(69) abgedruckt in den Verhandlungen (67) S. 7 ff.

(70) siehe oben (63)

(71) a.a.O. S. 255

§ 2 V

Ein Mann war mit einer Eisenstange auf dem Boulevard in Paris gegangen und hatte aus Versehen ein Schau-
fenster eingestoßen, dessen Glasscheibe einen Wert
von 3.000 Frcs. hatte. Er wurde auf Schadensersatz
belangt. Positiv war erwiesen, daß das Fenster
3000 Frcs. gekostet und daß der Mann es aus Unvor-
sichtigkeit eingeschlagen hatte. Das Civil-Tribunal
der Seine hat den Schädiger zur Zahlung von 200,- Frcs.
verurteilt und hat dieses Urteil sinngemäß so be-
gründet:

"In Erwägung, daß es allerdings nothwendig ist,
daß ein Kaufmann das Publikum durch Schau-
stellung anzieht, daß dieses durch den heutigen Verkehr
geboten ist, in Erwägung, daß auf der anderen
Seite, wenn auch Jemand einen vorsätzlich zuge-
fügten Schaden zu seinem vollen Betrage ersetzen
muß, Niemand in die Lage gebracht werden darf,
indem er einen öffentlichen Weg benützt, sich
durch die Folge seiner Unvorsichtigkeit in
übermäßigen Schaden hineingezogen zu sehen,
wird dem Kläger eine Entschädigung von 200 Frcs.
zuerkannt."(72)

Der Sechste Deutsche Juristentag nahm schließlich den
Antrag eines Herrn Makower, Rechtsanwalt zu Berlin,
mit folgendem Wortlaut an:

"Sowohl bei Ermittlung des Schadens, als bei
Bestimmung der Höhe des Schadensersatzes hat
der erkennende Richter bei Prüfung der von den
Parteien gegebenen Unterlagen seinem freien
Ermessen zu folgen."(73)

(72) a.a.O. S. 258

§ 2 V, § 3

Als letzte "Stimme der Zeit" sei noch Wach ⁽⁷⁴⁾ genannt. Er setzt sich in seinem Beitrag hauptsächlich mit der Frage auseinander, inwieweit es gerechtfertigt ist, § 245 (später § 260) CPO auch auf die Existenz des Schadens anzuwenden, spricht hierbei jedoch unmißverständlich von der Befugnis des Richters zur Schätzung der Schadenshöhe ⁽⁷⁵⁾.

Diese Ausführungen sollen zeigen, daß man die Entstehung des § 287 ZPO vor einem doppelten Hintergrund begreifen muß:

Zum einen sagte man sich seinerzeit los von den Beweisregeln und bemühte sich um die Durchsetzung der sog. freien Beweiswürdigung, zum anderen war damals unter dem Einfluß des französischen Rechts eine heiße Diskussion um die Frage der Befugnis zur Schätzung des Schadens entfacht. Beide Phänomene werden uns bei der weiteren Betrachtung zu beschäftigen haben.

§ 3 Die Bedeutung der §§ 286, 287 ZPO im Beweisrecht und ihre Abgrenzung zueinander.

Nachdem nun geklärt ist, daß § 287 ZPO der Beweis-

(74) Der revidierte Entwurf der deutschen Civil-Prozeß-Ordnung, in Kritische Vierteljahresschrift 1873, S. 339 ff

(75) a.a.O. (74), S. 344

§ 3 I

lehre angehört, und nachdem weiter aufgezeigt ist, wie über einen langen geschichtlichen Entwicklungsprozeß die §§ 286, 287 ZPO als Kernstücke des Beweisrechts und mit ihnen die freie Beweiswürdigung in die ZPO Eingang gefunden haben, bedarf es einer Aussage darüber, welche Bedeutung denn nun eigentlich diesen Vorschriften im Rahmen der Beweislehre zukomme und wie sie zueinander abzugrenzen seien.

I. Das Wesen der freien Beweiswürdigung

Nach dem Wortlaut des § 286 Abs. 1 ZPO hat das Gericht nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.

Die freie Überzeugung des Gerichts ist also der endgültige Maßstab, wobei der Richter "unter vollständiger Berücksichtigung aller durch die Verhandlung oder eine etwaige Beweisaufnahme zutage geförderten Umstände auf Grund seiner Lebenserfahrung und Menschenkenntnis"⁽⁷⁶⁾ entscheidet.

Hier wird nun auch klar, was weiter oben (§ 2 II) bereits angedeutet wurde: Nicht allein die erhobenen Beweise bilden die Grundlage für die auf freier

(76) Rosenberg-Schwab, 11. Aufl., S. 591 unter Hinweis auf RG, ZZP 61, 135

Oberzeugung des Gerichts basierende Entscheidung über die Wahrheit oder Unwahrheit von Tatsachenhauptungen; vielmehr "alle durch die Verhandlung zutage geförderten Umstände", z.B. auch "Sachbehauptungen der Parteien einschließlich ihrer Stellungnahme zur Beweisaufnahme, sowie ihr sonstiges Verhalten im Prozeß."⁽⁷⁷⁾ So gesehen rechtfertigt sich also der Vorschlag⁽⁷⁸⁾, vom engen Begriff der Beweislehre abzugehen und mehr abzustellen auf die Wahrheitsfindung durch freie richterliche Überzeugung.

Das Wesen der "freien Beweiswürdigung" kann also darin gesehen werden, daß der Richter bei der Überzeugungsbildung unabhängig ist von der Überzeugung von Auskunftspersonen, so z.B. Sachverständigen, Zeugen oder Parteien, und von Feststellungen anderer Stellen (Gerichte oder Behörden), und daß er den Beweiswert des gesamten Prozeßstoffes bestimmt, ohne an Beweisregeln gebunden zu sein⁽⁷⁹⁾. Die persönliche Überzeugung des Richters entscheidet allein darüber, ob ein bestimmter Sachverhalt verwirklicht ist oder nicht⁽⁸⁰⁾.

(77) Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 72 I

(78) siehe oben § 1 II

(79) Schönke-Kuchinke, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. S. 273

(80) Kuchinke, Freiheit und Bindung des Zivilrichters, S. 26

§ 3 I

Freilich bringt § 286 Abs. 1 ZPO schon von sich aus eine Kontrolle dieser weitreichenden Freiheit, indem er vorschreibt, daß im Urteil die Gründe anzugeben sind, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. So sehr man also bei Einführung der freien Beweiswürdigung auf Bildung, Integrität und unabhängige Stellung des deutschen Richters vertraute⁽⁸¹⁾, hatte dieses Vertrauen doch Grenzen. Allerdings erscheint die Pflicht des Richters zur Angabe der seine Überzeugung leitenden Gründe im Urteil schon um deswillen vernünftig, weil dadurch die Urteilsgrundlage transparent wird und das Berufungsgericht diese Grundlage überprüfen kann.

Neben dieser Kontrollfunktion des § 286 Abs. 1 S. 2 ZPO enthält die Vorschrift in Abs. 2 eine ausdrückliche Einschränkung der freien Beweiswürdigung, indem das Gericht an die in der ZPO bezeichneten Beweisregeln gebunden wird. Solche Beweisregeln enthalten z.B. die §§ 164, 198 II, 314, 415 - 418, 438 II ZPO. Es handelt sich dabei im wesentlichen um die Beweiskraft von Urkunden. Der Urkunde kommt somit unter den in den jeweiligen Vorschriften bezeichneten Voraussetzungen eine Beweiskraft zu, die nach dem Willen des Gesetzgebers eine richterliche Überzeugungsbildung erst gar nicht mehr zuläßt. Inwieweit diese Beschränkung

(81) vgl. oben S. 18 mit Hinweis auf die Materialien

§ 3 I

richterlicher Überzeugungsbildung Relikt des Grundsatzes der juridischen Wahrheit oder aber auf Grund der einer - zumindest echten - Urkunde anhaftenden Aussagekraft gerechtfertigt ist, kann nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein. Hier ist lediglich als Tatsache festzuhalten, daß § 286 Abs. 2 ZPO zweifellos eine Einschränkung der freien Beweiswürdigung mit sich bringt.

Aber auch eine Gesamtschau der Verfahrensvorschriften der ZPO zeigt deutlich, daß die richterliche Überzeugungsbildung durch freie Beweiswürdigung i.S. des § 286 ZPO ganz erheblichen Beschränkungen unterworfen ist. Dabei ist auszugehen von der Tatsache, daß der von unserer ZPO gestaltete Zivilprozeß - verstanden als vornehmlich der Durchsetzung privaten Rechts dienend⁽⁸²⁾ - den Parteien eine weitreichende Freiheit ihrer Rechtsgestaltung überlassen will. Diese Freiheit findet ihren Niederschlag in den das ganze Verfahren durchziehenden Gestaltungsgrundsätzen der Verhandlungs- und der Dispositionsmaxime, wobei mit Rosenberg-Schwab⁽⁸³⁾ zweckmäßigerweise dahin unterschieden wird, daß der Dispositionsgrundsatz die Verfügungsfreiheit der Parteien über den Streitgegenstand und der Verhandlungsgrundsatz die Sammlung des der Entscheidung zugrundezulegenden Stoffes beinhalten.

(82) Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl.
S. 2, 396

(83) Zivilprozeßrecht, 11. Aufl. 396

§ 3 I

Dabei folgt aus der Tatsache, daß durch die genannten Grundsätze den Parteien weite Teile der Prozeßgestaltung überlassen sind, zwingend, daß es sich hier nicht eigentlich um Beschränkungen der freien Beweiswürdigung in ihrem Wesen handelt; vielmehr ist in den noch aufzuzeigenden Fällen die richterliche Wahrheitsprüfung gänzlich ausgeschlossen⁽⁸⁴⁾.

Grundsätzlich haben gemäß § 282 ZPO die Parteien unter Bezeichnung der Beweismittel den Beweis anzutreten. Das Gericht muß dann die Beweisaufnahme durchführen. Es ist also schon der Partei freigestellt, ob sie den Beweis antreten will oder nicht. Nur den angetretenen und durchgeführten Beweis hat das Gericht - und dann eben nach den Grundsätzen des § 286 ZPO - zu würdigen.

Eine behauptete Tatsache ist aber auch dann der richterlichen Wahrheitsprüfung entzogen, wenn sie vom Gegner in Gemäßheit des § 288 ZPO zugestanden ist. Dabei sind nach § 138 Abs. 3 ZPO Tatsachen als zugestanden anzusehen, wenn sie nicht ausdrücklich bestritten werden.

Die Parteien bestimmen durch ihre Anträge den Umfang der richterlichen Prüfung, wie sich aus § 308 ZPO ergibt. Selbst wenn also der Richter auf Grund durchgeführter Beweisaufnahme und

(84) so schon Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 11. Aufl. 1913, § 282 Anm. I 1.

§ 3 I

freier Beweiswürdigung zu der Überzeugung gelangen sollte, daß der Klagepartei mehr oder etwas anderes als beantragt zuzusprechen wäre, so ist er durch den Antrag gebunden: ne eat iudex ultra petita partium. Hier kann der Richter allenfalls gemäß § 139 ZPO korrigierend und der Sachdienlichkeit entsprechend eingreifen.

Die beklagte Partei kann die richterliche Wahrheitsprüfung auch dadurch ausschließen, daß sie den gegen sie geltend gemachten Anspruch vollends anerkennt (§ 307 ZPO). Ebenso kann der Kläger nach § 306 ZPO in der mündlichen Verhandlung auf den mit der Klage geltend gemachten Anspruch verzichten, sodaß auch auf diese Weise die Notwendigkeit richterlicher Wahrheitsprüfung entfällt.

Inwieweit das Problem der Beweislast Einfluß auf die Wahrheitsfindung durch das Gericht hat, mag hier dahinstehen. Ebenso erscheint es für die vorliegende Abhandlung irrelevant, ob die Vorschriften über die Beweisaufnahme, die ja immerhin nur nach bestimmten Regeln geschehen darf, eine Beschränkung der Wahrheitsfindung darstellen oder nicht. Immerhin könnte es durchaus lohnenswert sein zu untersuchen, ob z.B. die §§ 445, 448 ZPO nicht als eine Art antizipierte und normativ objektivierte Beweiswürdigung anzusehen sind, sodaß man durchaus von einer Einschränkung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung sprechen könnte, wie überhaupt

§ 3 I

die Tatsache, daß unsere ZPO immer noch einen abschließenden Katalog der Beweismittel enthält, die Frage aufkommen läßt, ob die damit gewollte prozessuale Sicherheit in Anbetracht heutiger Erkenntnismöglichkeiten eine auf diese Weise erreichte Beschränkung der freien Überzeugungsbildung noch rechtfertigt⁽⁸⁵⁾.

Vom Gesetzgeber des Jahres 1877 waren freilich Beschränkungen des Grundsatzes der freien richterlichen Würdigung für das Civilverfahren durchaus gewollt⁽⁸⁶⁾.

Zusammenfassend läßt sich also das Wesen der freien Beweiswürdigung darin finden, daß die persönliche Überzeugung des Richters über die Wahrheit oder Nichtwahrheit behaupteter Tatsachen entscheidet. Jedoch ist der Richter bei der Gewinnung dieser Überzeugung, auf dem Wege der Wahrheitsfindung also, durch die Gestaltung des Verfahrens nach der geltenden Prozeßordnung nicht unwesentlich beschränkt; vor allem haben es die Parteien vielfach in der Hand, Teile des Prozeßstoffes der gerichtlichen Wahrheitsfindung vollends zu entziehen.

(85) vgl. hierzu Kuchinke, Freiheit und Bindung des Zivilrichters, S. 15

(86) Hahn, Die gesamten Materialien, IX Die freie Würdigung des Beweises, § 249

§ 3 II 1

II. Das Verhältnis der §§ 286 und 287 ZPO zueinander

Das Prinzip der freien Beweiswürdigung ist niedergelegt in § 286 ZPO. Diese Vorschrift unterstellt die Entscheidung über die Frage nach der Wahrheit oder Nichtwahrheit von Tatsachenbehauptungen der freien Überzeugung des Gerichts.

Auch § 287 ZPO unterstellt die Entscheidung der in ihm angesprochenen Frage der freien Überzeugung des Gerichts. Der Beweismaßstab ist es also - jedenfalls nach dem Wortlaut der Vorschrift - nicht, der die Einführung einer weiteren Vorschrift über die Beweiswürdigung notwendig gemacht hätte. Somit müssen die Unterscheidungskriterien in anderen Tatbestandsmerkmalen gesucht werden, wobei hier tatsächlich nur die Abgrenzung der beiden Vorschriften vorgenommen werden soll, während der Anwendungsbereich des § 287 ZPO im nächsten Abschnitt einer gesonderten Betrachtung zu unterziehen sein wird.

1. Das erste Abgrenzungskriterium findet sich im Gegenstand der Überzeugungsbildung. § 286 umfaßt alle Tatsachenbehauptungen. § 287 ZPO spricht vom Streit über den Schaden, wobei hier noch außer Betracht bleiben soll, ob nur der Streit über die Schadenshöhe oder auch der Streit über die Schadensentstehung von der Vorschrift umfaßt ist.

§ 3 II 2

Es dürfte kaum irgendwelchen Zweifeln unterliegen, daß der behauptete Schaden Tatsachenhauptung i.S. des § 286 ist. Somit bringt also § 287 nicht eine Regelung für einen anderen Gegenstand der Überzeugungsbildung. Vielmehr bringt er eine Regelung für einen Teil desselben Überzeugungsgegenstandes. Er nimmt also diesen Teil - nämlich die Überzeugungsbildung über den Schaden - aus der allgemeinen Regelung des § 286 aus und unterwirft ihn einer eigenen Regelung. Daraus ergibt sich, daß § 287 ZPO den Charakter einer Ausnahmevorschrift haben muß.

2. Der eigentliche Unterschied zwischen § 286 und § 287 ZPO liegt in dem Verfahren der Überzeugungsgewinnung. Hier enthalten die Sätze 2 und 3 des Abs. 1 des § 287 Sondervorschriften, die eine Abweichung von der Grundvorschrift des § 286 mit sich bringen. Während § 286 dem Gericht die freie Überzeugungsgewinnung "unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme" zubilligt, gibt § 287 gerade für die Beweisaufnahme Sonderregeln: Es bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen, ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei; außerdem kann der Beweisführer über den Schaden oder das Interesse vernommen werden.

§ 3 II 3

Ohne bereits jetzt auf die genannten Befugnisse im einzelnen einzugehen, ergibt sich unschwer aus der Tatsache, daß die Sätze 2 und 3 des § 287 Abs. 1 diese in § 286 nicht vorgesehenen Regelungen enthalten, daß hier eine Sonderregelung getroffen werden sollte.

§ 287 behandelt somit als Ausnahmenvorschrift zu § 286 einen Teil des Gegenstandes der Überzeugungsbildung gesondert und stellt hierfür eigene Verfahrensvorschriften auf; ob § 287 gegenüber § 286 einen anderen Beweismaßstab enthält, wird noch zu untersuchen sein.

3. Die Ausführungen im geschichtlichen Rückblick über die Meinungen zur Zeit der Einführung des § 287 ZPO⁽⁸⁷⁾ und die damals durch den Einfluß des französischen Rechts entfachte Diskussion könnten freilich den Eindruck erwecken, jedenfalls der damalige Gesetzgeber habe mit § 287 etwas völlig anderes erreichen wollen. Demnach sollte § 287 möglicherweise nicht eigentlich eine Vorschrift über die freie Beweiswürdigung sein, sondern über § 286, der ja schon das Prinzip der freien Beweiswürdigung eingeführt hat, hinaus dem Richter eine ganz besondere Entscheidungshilfe im Schadensersatzprozeß geben. Nicht die Findung der Wahrheit, wie hoch sich denn nun wirklich der Schaden belaufen habe, sondern die Befugnis, unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse

(87) vgl. oben § 2 V, vor allem S. 23 ff

§ 3 II

des Einzelfalles wie z.B. des Verschuldens gerade einen bestimmten Betrag auszuwerfen, der sozusagen die fallangemessene Genugtuung darstelle, könnte demnach als Gegenstand des § 287 angesehen werden. In diese Richtung zielen die Ansichten Hainmüllers und Prölss', die § 287 als Rechtsfolgenbestimmung⁽⁸⁸⁾ beziehungsweise als Bestimmung auffassen, innerhalb dieser die Festlegung der Schadenshöhe sich als rechtsgestaltender Willensakt darstelle⁽⁸⁹⁾.

Ob eine solche Auffassung zutreffend sein kann, wird uns noch zu beschäftigen haben. Der reine Wortlaut der Vorschrift gibt vorderhand nichts dafür her.

(88) Hainmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat, S. 146

(89) Prölss, Beweiserleichterungen, S. 49

2. Teil

Die Anwendung des § 287 ZPO ohne Behandlung der
Kausalitätsprobleme

§ 4 Der objektive Bereich der Norm (Gegenstand der
Überzeugungsbildung)

1. Die Reichweite des § 287 Abs. 1

Schon der Wortlaut des letzten Satzes des § 287 Abs. 1 läßt deutlich erkennen, daß diese Vorschrift allein für den Schadensersatzprozeß eingeführt worden ist. Dies ergibt sich auch aus dem gesetzgeberischen Willen⁽⁹⁰⁾, wonach durch die Einführung des § 287 (damals § 250 bzw. 260) der Tatsache, daß aufgrund der bis dahin an den Beweis des Schadens gestellten Anforderungen die Schadensprozesse zu den langwierigsten und verwickeltsten geworden waren, abgeholfen werden sollte.

§ 287 ist also auf alle Schadensersatzansprüche anwendbar. Dabei ist es gleichgültig, ob die Ansprüche auf Gesetz oder Vertrag beruhen und ob die Haftung aus Verschulden oder Entstehen-

(90) Hahn, Die gesamten Materialien, X, Die Ermittlung des Schadens, § 250

§ 4 I

müssen für Gefährdung resultiert⁽⁹¹⁾.

Der BGH wendet § 287 ZPO auch bei der Ermittlung der Entschädigung bei den Ansprüchen aus Aufopferung und Enteignung⁽⁹²⁾ an. Er rechtfertigt die Anwendung damit, daß die Entschädigung ihrem Zweck nach dem Schadensersatzanspruch gleiche, der in der Regel ebenfalls einen Vermögensnachteil ausgleichen solle; die Vermögenseinbuße stelle den Schaden dar, der den Enteigneten treffe; die die Enteignungsentschädigung regelnden Bestimmungen regelten damit zugleich den zu ersetzenden Schaden, und der Streit der Parteien sei ein Streit darüber, wie hoch sich der - zu ersetzende - Schaden belaufe⁽⁹³⁾.

Die Anwendung des § 287 ZPO auf die Ermittlung der Entschädigung bei Aufopferungs- bzw. Enteignungsansprüchen durch den BGH begegnet keinen Bedenken, zumal - wie der BGH⁽⁹⁴⁾ selbst ausführt - der Wortlaut des § 287 Abs. 1 ZPO ohne Unter-

(91) Thomas-Putzo ZPO, 8. Aufl., § 287 Abs. 1 a); Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., S. 596; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 31. Aufl., Anm. 2) B; RGZ 89, 190 ff, sehr ausführlich Stein, ZPO, 13. Aufl., Bd. I, § 287, Anm. I, 1

(92) BGHZ 29, 95 ff = LM § 287 ZPO, Nr. 16 = NJW 59, 386 = MDR 59, 192 und 29, 217 ff = LM § 287 ZPO Nr. 17 = NJW 59, 771 = MDR 59, 377 = J 259, 367 = BB 59, 470

(93) BGHZ 29, 218

(94) wie (93)

§ 4 I

scheidung hinsichtlich der Rechtsgrundlage des Klaganspruchs allein darauf abhebt, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich dieser oder ein zu ersetzendes Interesse beläuft.

Allein auch die Tatsache, daß der Verfassungsgeber des Grundgesetzes wegen der Höhe der Enteignungsentschädigung den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet hat (Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG), eine Tatsache, die "traditioneller, dem justizstaatlichen Denken entsprungener Bestandteil des deutschen Verwaltungsrechtes"⁽⁹⁵⁾ ist, mag zumindest als Indiz für die vom Gesetzgeber angenommene Artverwandtschaft der zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche mit den Ansprüchen aus Verletzung des Eigentums durch die öffentliche Hand gewertet werden, sodaß auch von hier aus wegen des "auf beide Anspruchsarten gleichermaßen zutreffenden Zwecks der Vorschrift"⁽⁹⁶⁾ die Einbeziehung der Ansprüche auf Aufopferung und aus Enteignung geboten erscheint.

Weiterhin wendet der BGH § 287 ZPO bei der Feststellung des Umfangs des Schadens bei Ansprüchen aus dem BEG an⁽⁹⁷⁾. Dies erscheint aus den vorgenannten Gründen gerechtfertigt, zumal Entschädigungsgerichte die Zivilgerichte sind und

(95) Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl., Art. 14, RN 22

(96) wie (92)

(97) LM, § 31 BEG 1956, Nr. 33

§ 4 II

auf das Verfahren ausdrücklich die Vorschriften der Zivilprozeßordnung sinngemäße Anwendung finden (§ 98 BEG).

Im übrigen kann freilich eine Ausweitung der Anwendung des § 287 Abs. 1 ZPO auf andere Fälle nicht erfolgen. Wie oben⁽⁹⁸⁾ dargelegt, handelt es sich bei § 287 ZPO um eine Ausnahmenvorschrift. Solche Vorschriften sind hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs jedenfalls dann eng auszulegen, wenn das Gesetz eine Regel, der es in möglichst weitem Umfang Geltung zu verschaffen sucht, für einen bestimmten Bereich durchbrochen hat⁽⁹⁹⁾.

Somit sind die Feststellungen, daß § 287 Abs. 1 nicht anzuwenden ist z.B. auf Ansprüche aus Bereicherung, Minderung, Vertragsstrafe etc.⁽¹⁰⁰⁾ fast selbstverständlicher Natur.

§ 287 Abs. 1 ist also nur anwendbar bei der Ermittlung von Schäden, nicht bei der Ermittlung anderer Forderungen.

II. Die Reichweite des § 287 Abs. 2

Alle anderen Forderungen aus vermögensrechtlichen

(98) S. 43

(99) vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre, S. 343, 344

(100) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 31. Aufl., § 287 Anm. 2) B; Thomas-Putzo, ZPO, 8. Aufl., § 287 Anm. 1 a) unter Hinweis auf BGH WM 71, 1382 und BLAG UR 62, 261).

§ 4 II

Streitigkeiten fallen unter die Regelung des Abs. 2 des § 287, der durch die Nov. 24 eingeführt wurde⁽¹⁰¹⁾. Hierher gehören also auch Ansprüche aus Nichterfüllung von Verträgen (soweit nicht Schadensersatz verlangt wird), Vertragsstrafe, Minderung, Bereicherung etc.⁽¹⁰²⁾ Für all diese Ansprüche sind also die Vorschriften des § 287 Abs. 1 S. 1, 2 entsprechend anzuwenden.

(101) Stein, ZPO, 13. Aufl., Bd. 1, § 287, Anm. II

(102) Thomas-Putzo, a.a.O., Anm. 2

§ 5

§ 5 Darstellung der Meinungsentwicklung und des Meinungs-
stands zur Frage des Beweismaßstabes und des Verfahrens
der Überzeugungsgewinnung im § 287 Abs. 1

Nach der Absteckung des objektiven Anwendungsbereichs des § 287 gelangen wir nun in den §§ 5 und 6 dieser Abhandlung bei der Frage nach dem Beweismaßstab und nach dem Verfahren der Überzeugungsgewinnung in § 287 Abs. 1 zu einem Kernpunkt der vorliegenden Untersuchung, da zu klären ist, wozu denn eigentlich § 287 Abs. 1 ZPO ermächtigt, zugleich, inwieweit sich die Schadensermittlung nach § 287 von der Beweiswürdigung nach § 286 unterscheidet. Da zu diesen Fragen bereits viele Entscheidungen ergangen sind und da auch in der Literatur durchaus nicht einheitliche Meinungen vertreten werden, empfiehlt sich hier wohl zunächst ein Überblick über den Meinungsstand, ehe dann in § 6 eine Auseinandersetzung mit den bestehenden Ansichten und der Versuch einer eigenen Lösung folgen. Dabei wird stets davon ausgegangen, daß § 287 ZPO selbstverständlich auf die Frage der Schadenshöhe Anwendung findet; insoweit bedarf es wegen des klaren gesetzlichen Wortlautes keiner weiteren Nachweise.

§ 5 I

I. § 287 und "freies Ermessen"

Bereits in den Materialien⁽¹⁰³⁾ und in der Literatur der Zeit vor und um die Einführung des § 287⁽¹⁰⁴⁾ wird mehrfach davon gesprochen, die Frage nach der Höhe des Schadens müsse "dem freien Ermessen des Gerichts überwiesen" werden. Dieses "freie Ermessen" findet sich sodann in mannigfachen Entscheidungen sowohl des Reichsgerichts wie auch des BGH⁽¹⁰⁵⁾. Die Vorschrift des § 287 ZPO dehne für die Feststellung der Schadenshöhe das richterliche Ermessen über die Schranken des § 286 ZPO aus⁽¹⁰⁶⁾. § 287 setze an die Stelle der sonst erforderlichen Einzelbegründung das freie Ermessen des Gerichts⁽¹⁰⁷⁾. § 287 wolle das Gericht frei über das von den Parteien vorgebrachte Material stellen⁽¹⁰⁸⁾.

(103) Hahn, Die gesamten Materialien, X Die Ermittlung des Schadens, § 250

(104) siehe oben § 2 V (S. 17-33) und die dortigen Nachweise

(105) vgl. z.B. RGZ 9, 416 (418); 10, 64/65; 10, 74 (78), 76, 204 (217); 168, 47 (48); BGHZ 3, 162 (175)

(106) BGHZ 3, 162 (175)

(107) RGZ 168, 47 (48); 155, 39

(108) RGZ 76, 204 (211)

§ 5 I

Dem Gericht sei ein völlig freies Ermessen eingeräumt⁽¹⁰⁹⁾. Der Richter habe unter Würdigung aller Umstände lediglich nach freier Überzeugung zu entscheiden⁽¹¹⁰⁾. Auch die Kommentierungen zu § 287 haben diesen Begriff des freien Ermessens übernommen. In Beziehung auf die Beweiswürdigung solle das Gericht berechtigt sein, nach freiem Ermessen innerhalb der Parteianträge zu entscheiden⁽¹¹¹⁾.

Thomas-Putzo⁽¹¹²⁾ sprechen zwar zunächst von der Entscheidung des Richters nach freier Überzeugung, führen jedoch in ein- und derselben Anmerkung später aus, das Ermessen sei in der Berufungsinstanz voll nachprüfbar. Rosenberg-Schwab⁽¹¹³⁾ unterscheiden zwischen dem dem Gericht eingeräumten Ermessen hinsichtlich der Beweiserhebung und dem Beweismaßstab, der ebenso wie bei § 286 in der vollen Überzeugung liegen soll.

Bei Stein-Jonas-Schumann-Leipold⁽¹¹⁴⁾ wird

(109) RGZ 10, 74 (78)

(110) RGZ 9, 416; auf diese Entscheidung, die ausnahmsweise nicht vom "freien Ermessen", sondern von "freier Überzeugung" mit dem Zusatz "lediglich" spricht, wird noch zurückzukommen sein.

(111) Stein, ZPO, 13. Aufl., 1926, § 287 Anm. III 2
Stein-Jonas, ZPO, 18. Aufl., 1953, § 287 Anm. 2

(112) ZPO, 8. Aufl., § 287 Anm. 3 b)

(113) ZPO, 11. Aufl., S. 595, 596; 12. Aufl., S. 563

(114) Stein-Jonas, ZPO, 19. Aufl., § 287 Anm. III, 2

§ 5 I

nicht recht klar, worüber sie eigentlich das Gericht nach freiem Ermessen entscheiden lassen wollen, wenn sie ausführen:

"In Beziehung auf die Beweiswürdigung soll ferner das Gericht, in wesentlicher Abweichung von § 286, auch wenn das Ergebnis der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht genügt, um seine volle Überzeugung zu begründen, dennoch berechtigt sein, die Aufnahme der von den Parteien angebotenen Beweise abzulehnen und ohne jede Beweiserhebung, selbst unter Berücksichtigung nicht vorgetragener Tatsachen, hierüber nach freiem Ermessen innerhalb der Parteianträge zu entscheiden."

Worauf sich dieses "hierüber" bezieht, ist unklar.

Ebenso unklar drücken sich Lent-Jauernig⁽¹¹⁵⁾ aus, indem sie die Meinung vertreten, "im Rahmen des § 287" entscheide das Gericht nach freiem Ermessen.

Prölss⁽¹¹⁶⁾, der an sich eine sehr enge Interpretation des § 287 vornimmt, geht hier sogar soweit, eine ganz klare Umdeutung zu vollziehen, wenn er schreibt:

(115) Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., § 49 III.

(116) Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, S. 49

§ 5 I

"Dem steht auch nicht entgegen, daß § 287 ZPO genau wie § 286 von "freier Überzeugung" und nicht von "Ermessen" spricht; denn in § 287 ZPO bedeutet "freie Überzeugung" trotz des an sich unterschiedlichen Wortsinnes nichts anderes als "freies Ermessen".

Die genaue Bestimmung der Schadenshöhe im Rahmen des § 287 ZPO sei nicht nur ein Akt der Erkenntnis, sondern auch ein rechtsgestaltender Willensakt.

Klauser⁽¹¹⁷⁾ setzt sich mit dem "Beweisquantum", der Frage also, welcher Gewißheitsgrad zu verlangen sei, auseinander, läßt letztlich jedoch die Frage unbeantwortet, indem er argumentiert, es handle sich dabei jeweils um den Einfluß materiellen Rechts auf das Beweismaß; dieses Problem, das einmal einer eingehenden Untersuchung wert erscheine, habe, - soweit ersichtlich - in der Literatur bisher noch keine Beachtung gefunden.

Hainmüller⁽¹¹⁸⁾ vertritt die Meinung, die ZPO versee das Gericht vorderhand mit einem in manchem erleichterten Verfahren zur Gewinnung möglicher Erkenntnisse. Er fährt fort:

(117) Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung, JZ 68, S. 167 ff.

(118) Der Anscheinsbeweis S. 146

§ 5 II

"Hat dieses (das Gericht) sich dabei wenigstens die Grundlagen beschaffen können, so gesteht unsere Prozeßordnung ihm weiter besondere Freiheit in der eigentlichen "Überzeugungsbildung" zu. Ihr Ergebnis läßt sich freilich nicht mehr als bloße Wahrheitsfindung begreifen, sondern muß bereits als Rechtsfolgenbestimmung (mit speziellem Ermessensspielraum) gesehen werden."

II. § 287 und die "Schätzungsbefugnis des Gerichts"

Fast ebenso einhellig, wie dem Gericht über § 287 bei der Schadensfeststellung ein freies Ermessen zugestanden wird, räumt man ihm die Befugnis ein, den Schaden zu "schätzen"⁽¹¹⁹⁾.

-
- (119) vgl. z.B. RGZ 76, 204 (211); 168, 47 (48); BGH LM § 287 Nr. 3, Nr. 10, Nr. 36 a; Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, S. 49; Klauser, Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung (hier wird schon im Titel der Abhandlung der Ausdruck "Schätzung" verwendet; er taucht in der Abhandlung dann noch mehr auf); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 31. Aufl., § 287 Anm. 3) A.; Thomas-Putzo, ZPO, 8. Aufl., § 287 Anm. 3 a) und b); auch schon Stein, ZPO, 13. Aufl., § 287 Anm. III 1, unter Hinweis auf diverse Entscheidungen; Rosenberg-Schwab, ZPO, 11. Aufl., sprechen (S. 596) von Schätzung nur im Zusammenhang mit der Wiedergabe einer Entscheidung (BAG, NJW 1968, 72), halten in der 12. Aufl. (S. 563) die Schätzung dann für gerechtfertigt, wenn die genaue Höhe des Schadens nicht zu ermitteln ist; Wussow, Die Höhe des Schadensersatzanspruchs bei Verletzung oder Tötung einer Hausfrau und Mutter, NJW 70, 1393 (1394); E. Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, 2. Aufl., S. 43, 44; Stein-Jonas, ZPO, 19. Aufl., § 287 Anm. III 1; Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, S. 184; Maassen, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, 1. Aufl., S. 455; Werner, Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, S. 70, 71

§ 5 II

Der Bundesgerichtshof geht sogar soweit, daß dann, wenn das Gericht die Entstehung eines Schadens als erwiesen ansehe, es nicht von der Zubilligung jeglichen Ersatzes absehen dürfe mit der Begründung, es fehle an ausreichenden Anhaltspunkten für die Schätzung des vollen Schadens, vielmehr sei in diesem Falle zu prüfen, ob und wie weit eine ausreichende Grundlage für die Ermittlung (Schätzung) eines gewissen (Mindest-) Schadens vorhanden sei⁽¹²⁰⁾.

Auch Hainmüller, der zwar bei der Frage nach der Höhe des Schadens den Begriff "Schätzung" als solchen nicht verwendet, meint wohl im Prinzip ähnliches, wenn er davon spricht, daß es bei § 287 "um die Betätigung eines Rechtsfolgeermessens auf einiger Tatsachenbasis"⁽¹²¹⁾ gehe. Eher geht seine Theorie von der Rechtsfolgenbestimmung noch über die allgemeine Meinung, § 287 berechtige das Gericht zur Schätzung des Schadens, hinaus; dies jedenfalls dann, wenn man Schätzung nicht ohne weiteres gleichsetzt mit Festsetzung eines bestimmten Betrages im Rahmen vieler Möglichkeiten.

(120) BGH NJW 64, 589 = BGH LM § 287 Nr. 33

(121) Hainmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, S. 146

§ 5 III

III. Die weiteren "Beweiserleichterungen" hinsichtlich der gerichtlichen Tätigkeit

Nach der Rechtsprechung berechtigt § 287 das Gericht weiter, die von den Parteien zur Bemessung des Schadens angebotenen Beweise nicht zu erheben⁽¹²²⁾.

Weiter sei das Gericht nicht verpflichtet, das gewonnene Ergebnis als solches durch die Angabe der einzelnen für die Schadensbemessung maßgebenden Tatsachen zu begründen⁽¹²³⁾.

Im übrigen dürfe das Gericht ohne Rücksicht auf die Beweislast entscheiden⁽¹²⁴⁾. Hiergegen wendet sich allerdings Klauser⁽¹²⁵⁾; nach seiner Meinung ändert § 287 ZPO an der Beweislast nichts. Prölss⁽¹²⁶⁾ meint, von einer nur ausnahmsweise erfolgenden Berücksichtigung der Beweislast könne daher nur insofern gesprochen werden, als eine völlige Abweisung der Klage

(122) vgl. z.B. BGH LM § 287 Nr. 4; BGH LM § 287 Nr. 7 mit Anmerkung von Johannsen = BGHZ 6, 62 - NJW 52, 987;

(123) BGHZ 3, 162. (175) unter Hinweis auf Stein-Jonas-Schönke 17. Aufl., § 287 Anm. III, 2; so auch schon Stein, ZPO, 13. Aufl., § 287 Anm. III, 2

(124) Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., S. 596; Thomas-Putzo, ZPO, 8. Aufl., § 287 Anm. 3 b) mit Einschränkungen; RGZ 159, 237 (259) unter Hinweis auf RGZ 155, 37 (39), RGZ 168, 47 (48)

(125) Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung, JZ 68, 167 ff

(126) Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, S. 52

§ 5 III

wegen fehlenden Beweises der Schadenshöhe nur selten in Betracht komme, da zumeist irgendwelche Anhaltspunkte vorhanden seien, damit der Richter, wenn auch nicht den vollen Schaden, so doch einen Mindestschaden schätzen könne. Hainmüller⁽¹²⁷⁾ ist der Ansicht, der ständig wiederholte, aber nirgends recht begründete Satz, es komme im Rahmen des § 287 ZPO grundsätzlich nicht auf die Beweislastverteilung an, erhalte durch seine Theorie, das Ergebnis der Überzeugungsbildung nach § 287 ZPO müsse als Rechtsfolgenbestimmung mit speziellem Ermessensspielraum gesehen werden, eine plausible Erklärung.

Schließlich soll das Gericht berechtigt sein, auch die der Schadensberechnung zugrundezulegenden Tatsachen und Umstände gem. § 287 zu ermitteln⁽¹²⁸⁾.

Die übrigen Möglichkeiten ergeben sich unmittelbar aus der Vorschrift des § 287 Abs. 1, so vor allem das Recht des Gerichts, nach seinem Ermessen von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen und den Beweisführer über den Schaden zu vernehmen.

(127) Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeits-tat im heutigen deutschen Schadensersatz-prozeß, S. 146

(128) So vor allem Klauser a.a.O. in Ziff. II und in Anmerkung zu BGH in JZ 71, 227; weitestgehend aber auch schon Stein, ZPO, 13.Aufl., § 287 Anm. I 2 d)

§ 5 IV

IV. "Erleichterungen" für die Parteien

Weitgehend gehen Rechtsprechung und Literatur davon aus, § 287 ZPO diene der Erleichterung des Nachweises des Schadens durch den Geschädigten⁽¹²⁹⁾.

Wohl aus diesem Grunde wird von den Parteien keine so genaue Substantiierung des den Schaden betreffenden Sachvortrags verlangt⁽¹³⁰⁾. Die Klage dürfe nicht abgewiesen werden, solange greifbare Anhaltspunkte für die Ausübung des gerichtlichen Ermessens vorhanden seien, wenigstens zur Schätzung eines gewissen Mindestschadens⁽¹³¹⁾.

(129) vgl. Klauser, Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung JZ 68, 167 mit Hinweis auf RGZ 155, 38, BGH VersR. 59, 636 (638) und BGH NJW 64, 661; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 31. Aufl., § 287 Anm. 1) A.;

(130) vgl. Thomas-Putzo, ZPO, 8. Aufl., § 287 Anm. 3 a); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 31. Aufl., § 287 Anm. 2) C. unter Hinweis auf RGZ 6, 356; 9, 418; 10, 78, 405; 20, 106; 21, 92; 59, 360; 62, 785; 63, 288; 76, 211; 77, 206 und oft: JW 02, 125 f, 544; 04, 156; 06, 472; 10, 827; 15, 1199

(131) Thomas-Putzo ZPO, 8. Aufl., § 287 Anm. 3 unter Hinweis auf BGH WPM 69, 834 und NJW 64, 589

§ 5 IV

Konsequenterweise wird dann auch von Literatur und Rechtsprechung speziell für die Fälle, bei denen der Schadensbetrag erst gemäß § 287 ZPO zu "schätzen" sei, ein unbezifferter Klageantrag zugelassen, obschon sonst wegen § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO bei auf Geldzahlung gerichteten Leistungsklagen nur ein bezifferter Antrag als bestimmt i.S. d. genannten Vorschrift angesehen wird⁽¹³²⁾. Vorzutragen seien dann lediglich die tatsächlichen Grundlagen, die dem Gericht die Feststellung der Höhe der Klageforderung ermöglichen⁽¹³³⁾. Allerdings will sich der Bundesgerichtshof in neuerer Zeit anscheinend nicht dahin festlegen, daß in jedem Falle, in dem die Schadensfeststellung der "Schätzung" durch das Gericht überwiesen wird, ein unbezifferter Antrag ausreichend sei. So läßt er⁽¹³⁴⁾ ausdrücklich dahinstehen, "ob immer dann, wenn die Höhe des Klagebegrühens nach § 287 ZPO der Schätzung des Gerichts unterliegt, davon auszugehen ist, daß dem

(132) vgl. Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., S. 502; Thomas-Putzo, ZPO, 8. Aufl., § 253, Anm. 2 d); Stein, ZPO, 13. Aufl., § 253, Anm. III. 4. unter Hinweis auf mannigfache Entscheidungen des Reichsgerichts; BGHZ 4, 138 (142); BGHZ 45, 91 (93); BGH NJW 67, 1420 (1423) und NJW 70, 281

(133) BGH NJW 67, 1420 (1421)

(134) BGH NJW 70, 281 (282)

§ 5 V 1

Kläger eine genaue Angabe seiner Forderung nicht möglich oder jedenfalls nicht zuzumuten und damit ein unbezifferter Klageantrag zulässig ist, oder ob auch bei solcher Gestaltung im Einzelfall zu beurteilen ist, ob dem Kläger eine genaue Angabe unmöglich oder unzumutbar war."

V. Einschränkungen und Grenzen der dem Gericht von Rechtsprechung und Literatur zugestandenen Erleichterungen

1. Die wohl herrschende Meinung will Ermessen und Schätzungsbefugnis "kontrollierbar" gestalten, damit das Ermessen nicht zur Willkür ausartet⁽¹³⁵⁾.
Dem Gericht sei durch § 287 ZPO nicht eine schrankenlose Freiheit bei der an sich möglichen Schätzung eingeräumt⁽¹³⁶⁾. Deswegen müsse das Tatsachengericht die tatsächlichen Grundlagen der Schätzung und ihre Auswertung

(135) vgl. Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl. S. 595; Stein, ZPO, 13. Aufl., § 287 Anm. III 1.

(136) BAG NJW 63, 925 (926); Johannsen in Anmerkung zu BGH LM § 287 Nr. 7

§ 5 V 1

darlegen⁽¹³⁷⁾. Die Prüfung der Schadenshöhe unter Würdigung aller Umstände schließe die Verpflichtung des Richters in sich, bei Ausübung seines Ermessens die schätzungsbegründenden Tatsachen aus dem Vorbringen der Parteien zu würdigen⁽¹³⁸⁾. Gerade die Forderung, daß nach § 287 ZPO "unter Würdigung aller Umstände" nach freier Überzeugung zu entscheiden sei, bedeute, daß die Schätzung nach § 287 ZPO nicht ohne sorgfältige Abwägung, die auch in den Urteilsgründen zum Ausdruck kommen müsse, erfolgen dürfe⁽¹³⁹⁾.

Die einmal⁽¹⁴⁰⁾ geäußerte Ansicht, das Gericht sei im Rahmen des § 287 ZPO auch nicht verpflichtet, das gewonnene Ergebnis als solches durch die Angabe der einzelnen für die Schadensbemessung maßgebenden Tatsachen zu begründen, will der Bundesgerichtshof später⁽¹⁴¹⁾ wohl wieder einschränken, wenn er im Anschluß an die Meinung, das Tatsachengericht müsse die tatsächlichen Grundlagen der Schätzung

(137) BGHZ 6, 62 (63); BAG NJW 63, 925 (926)

(138) RGZ 130, 108 (112) unter Hinweis auf weitere Urteile des Reichsgerichts

(139) Anmerkung zu BGH LM § 287 Nr. 3

(140) BGHZ 3, 162 (175)

(141) BGHZ 6, 62 (63)

§ 5 V 2

und ihre Auswertung darlegen, wörtlich ausführt:

"Dem steht das Urteil des IV. Zivilsenats vom 27. September 1951 - BGHZ 3, 162 (175) - nicht entgegen, wo ausgesprochen wird, das Gericht sei im Rahmen des § 287 ZPO nicht verpflichtet, das gewonnene Ergebnis als solches durch die Angabe der einzelnen für die Schadensbemessung maßgebenden Tatsachen zu begründen. Damit ist nur gesagt, daß es in noch stärkerem Umfang als bei § 286 ZPO keineswegs eines ausdrücklichen Eingehens auf jedes einzelne Vorbringen der Parteien oder jede einzelne Zeugenaussage oder jedes einzelne Beweismittel und einer ausdrücklichen Auseinandersetzung damit bedarf; das kommt einmal in der Wendung zum Ausdruck, daß die Angabe der einzelnen für die Schadensbemessung maßgebenden Tatsachen nicht erforderlich sei, wie weiter aus der Gegenüberstellung mit den Ausführungen zu § 286 ZPO, wie endlich daraus, daß die auch von jenem Urteil geforderte Überprüfung, ob die Schadensermittlung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruhe und ob wesentliche die Entscheidung bedingende Tatsachen außer acht gelassen seien, ohne solche Angaben nicht möglich wären."

- 2) Prölss⁽¹⁴²⁾, der - wie bereits erwähnt, hinsichtlich des Beweismaßstabes eine Umdeutung des vom Gesetz gebrauchten Begriffes "freie Überzeugung" in "freies Ermessen" vornimmt und der - ähnlich wie Hainmüller - in der Bestimmung der Schadenshöhe gemäß

(142) Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, S. 48 ff

§ 5 V 2

§ 287 ZPO einen rechtsgestaltenden Willensakt sieht, vertritt im übrigen eine im Verhältnis zu Rechtsprechung und Literatur einengende Theorie und zwar nicht nur deswegen, weil er § 287 allein auf die Schadenshöhe angewendet wissen will, sondern auch im Rahmen der Anwendung des § 287 ganz allgemein.

Prölss sieht die Bedeutung des § 287 darin, daß aus prozeßökonomischen Gründen und im Hinblick auf die Tatsache, daß sich Schadensersatzansprüche oft nicht bis ins letzte ziffernmäßig bestimmen lassen, durch diese Vorschrift dem Gericht das Mittel in die Hand gegeben werde, "damit es nicht Schadensersatzansprüche lediglich wegen ihrer quantitativen Unbestimmtheit scheitern lassen muß"⁽¹⁴³⁾. Dabei könne der Richter schon dann, aber auch frühestens dann zu einer Schätzung nach freiem Ermessen greifen, wenn der Schaden derart "eingekreist" sei, daß die Schwierigkeiten einer weiteren Aufklärung in keinem Verhältnis zum Umfang der noch bestehenden Unklarheiten stünden⁽¹⁴⁴⁾.

(143) S. 49; der Begriff der "quantitativen Unbestimmtheit" taucht im Rahmen der Beschäftigung mit der Vorschrift des § 287 ZPO bereits bei Ude in seinem 1883 in der Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß (S. 419 ff, 453, 459) erschienenen Aufsatz "Freie Beweiswürdigung und freies richterliches Ermessen" auf.

(144) S. 51

§ 5 V 2

Diese Grenzen seien allerdings so eng zu ziehen, daß es letztlich nur noch um das "Interesse der Verwirklichung" i.S. der Hegel'schen Philosophie gehen dürfe, d.h. "das Interesse, daß überhaupt bestimmt und entschieden sei, es sei, auf welche Weise es wolle".

Prölss gibt also einerseits dem Gericht die Möglichkeit der Schätzung nach freiem Ermessen, der Entscheidung ex aequo et bono, will aber diese Schätzung erst dann zum Zuge kommen lassen, wenn die Prozeßökonomie es gebietet, wenn also eine weitere Aufklärung nach § 286 außer Verhältnis stünde zu dem im Streit befindlichen Differenzbetrag. Wenn allerdings die Schätzung nach § 287 ZPO am Platze sei, dann erleichtere dies auch dem Schadensersatzkläger die Prozeß- und Beweisführung; er könne dann unbeziffert klagen und brauche den Schaden nicht ziffernmäßig bis ins kleinste zu beweisen. ⁽¹⁴⁵⁾

§ 6 Auseinandersetzung mit den in § 5 wiedergegebenen Meinungen und Lösungsvorschläge

I. Auseinandersetzung mit den in § 5 wiedergegebenen Meinungen

Bei näherer Betrachtung der unter § 5 aufgezeigten Meinungen wird man den Verdacht nicht los, daß hier immer wieder die Interpretation des § 287 ZPO aus einer Gesamtschau der verschiedenen Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift heraus vorgenommen wird, wodurch eine der Bedeutung der Vorschrift angemessene Auslegung nicht erreicht werden kann. Vielmehr führt dieser Weg zu einer sachundienlichen Vermengung.

Klare Aussagen über die Bedeutung des § 287 Abs. 1 bei der Ermittlung der Schadenshöhe können nur dann gewonnen werden, wenn man eine gründliche Trennung der verschiedenen Tatbestandsmerkmale vornimmt, diese einzelnen Tatbestandsmerkmale genau untersucht und dann zusammenfassend feststellt, was nun eigentlich § 287 Abs. 1 über § 286 oder sonstige Vorschriften hinaus gestattet.

Im Hinblick darauf wurde schon in der Überschrift zu § 5 getrennt nach "Beweismaßstab" und "Verfahren der Überzeugungsgewinnung". Während nämlich § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO festlegt, welchen Beweismaßstab das Gericht anzuwenden habe, geben die Sätze 2 und 3 dieser Vorschrift Regeln für das Verfahren der Überzeugungsbildung. Es werden daher im folgenden die verschiedenen im § 5 wiedergegebenen Meinungen

§ 6 I 1

unter den beiden genannten Kategorien abgehandelt werden.

1. Der Beweismaßstab im § 287 Abs. 1 ZPO - "freie Überzeugung" - "Ermessen" - "Schätzung" - "Rechtsfolgenbestimmung" -

Bereits in § 3 II dieser Abhandlung wurde dargelegt, daß jedenfalls vom Wortlaut her der Beweismaßstab in § 286 und § 287 ZPO derselbe ist: die freie Überzeugung.

Betrachten wir das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen, so wurde im § 1 klargestellt, daß es sich bei § 287 um eine Vorschrift im Rahmen der Beweislehre und des Beweisrechts handelt; die Untersuchungen in §§ 2 und 3 ergaben, daß über die §§ 249, 250 des Entwurfs der CPO dann durch die §§ 259, 260 CPO - die heutigen §§ 286, 287 - der Grundsatz der freien Beweiswürdigung Eingang in das deutsche Zivilprozeßrecht gefunden hat und daß dieser Grundsatz durch die Verfahrensgestaltung und durch die Beibehaltung eines Beweismittelkatalogs mit bestimmten Beweiserhebungsregeln Einschränkungen erfahren hat.

Es kann nun kein ernsthafter Zweifel darüber gehegt werden, daß der Gesetzgeber dem Gericht bei der Entscheidung über die - unter den Parteien strittige - Frage, wie hoch der dem Geschädigten zu ersetzende Schaden sei, mehr

§ 6 I 1

Freiheit zugestehen wollte als bei der Entscheidung über die Wahrheit oder Nichtwahrheit sonstiger behaupteter Tatsachen. Dies ergibt sich ohne weiteres aus den Materialien, wo zunächst etwas verwirrend davon die Rede ist, die Entscheidung der quaestio quanti müsse "dem freien Ermessen des Gerichts" überlassen werden⁽¹⁴⁶⁾, dann jedoch klar ausgesprochen wird, daß dann, wenn das Gericht nach freier Überzeugung über die Höhe eines Schadens zu entscheiden habe, die Konsequenz fordere, es dem Ermessen des Gerichts zu überlassen, ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei⁽¹⁴⁷⁾.

Hier wird also eindeutig unterschieden zwischen der freien Überzeugung bei der Entscheidung und dem Ermessen bei den Verfahrensfragen. Eben diese Trennung findet sich auch im Gesetz.

So trennt auch noch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 8. Januar 1883⁽¹⁴⁸⁾ recht klar, wenn dort ausgeführt ist:

"Denn nach der Vorschrift desselben hat der Richter, wenn es zwischen den Parteien

(146) Hahn, Die gesamten Materialien, X. Die Ermittlung des Schadens, § 250

(147) wie (146)

(148) RGZ 9, 416 (418)

§ 6 I 1

streitig ist, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch derselbe sich beläuft, hierüber unter Würdigung aller Umstände lediglich nach freier Überzeugung zu entscheiden. Daß dies auch ohne desfallige Beweisantretung zu geschehen hat, ergibt sich aus der weiteren Bestimmung des § 260, nach welcher es dem Ermessen des Gerichts überlassen bleibt, ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei."

Entschieden mißverständlicher klingen dann schon die Ausführungen des Reichsgerichts im Urteil vom 15. Oktober 1883⁽¹⁴⁹⁾:

"Diese Bestimmung (§ 260, heute § 287 - d.Verf.) soll gerade verhindern, daß in Fällen, wo, wie im vorliegenden, nach der eigenen Annahme des Berufungsgerichts die Existenz eines zu ersetzenden Schadens im allgemeinen unzweifelhaft ist, dennoch wegen mangelnder Substantiierung eines bestimmten Betrages der ganze Anspruch abgewiesen werde. Zu diesem Zweck ist dem Gerichte ein völlig freies Ermessen eingeräumt; es ist demselben daneben für den Fall, daß es ihm zu bedenklich erscheinen sollte, unmittelbar davon Gebrauch zu machen, überlassen, etwa dem Beweisführer die eidliche Schätzung des Schadens anheimzugeben, oder von Amts wegen das Gutachten Sachverständiger einzuholen".

Aus der Fassung, daß neben dem Ermessen dem Gericht auch noch bestimmte Verfahrensmöglichkeiten anheimgegeben sind, kann man schließen,

(149) RGZ 10, 74 (78)

§ 6 I 1

daß das Reichsgericht hier mit Ermessen den Beweismaßstab meinte.

Später dann verschwimmt die Grenze immer mehr, wenn z.B. das Reichsgericht⁽¹⁵⁰⁾ argumentiert, § 287 setze an die sonst erforderliche Einzelbegründung das freie Ermessen des Gerichts, oder wenn der Bundesgerichtshof⁽¹⁵¹⁾ dahingehend sich äußert, § 287 dehne für die Feststellung der Schadenshöhe das richterliche Ermessen über die Schranken des § 286 ZPO aus.

Einzig konsequent verfährt dann Prölss⁽¹⁵²⁾, wenn er - im Grunde zwischen Beweismaßstab und Verfahrenserleichterungen klar trennend - die im Gesetz vorgesehene "freie Überzeugung" umdeutet in "freies Ermessen". Allerdings dürfte seine Berufung auf die Begründung des Entwurfs der CPO fehlgehen. Es wurde oben schon dargelegt, daß diese Überweisung der Entscheidung der quaestio quanti an das "Ermessen" des Gerichts etwas mißverständlich sein mag, daß aber noch in den Materialien die Trennung zwischen dem Beweismaßstab "freie Überzeugung" und dem Ermessen bei Verfahrensfragen klar vollzogen wurde.

(150) RGZ 168, 47 (48)

(151) BGHZ 3, 162 (175)

(152) Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, S. 49

§ 6 I 1

a) Abgrenzung: Überzeugung - Ermessen

Ehe hier weiter fortgefahren werden kann in der Untersuchung, ob nun § 287 Abs. 1 ZPO als Beweismaßstab auch Ermessen zulasse, muß untersucht werden, ob Ermessen und Überzeugung begriffsgleich sind oder ob Ermessen etwas anderes ist als Überzeugung.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist Überzeugung die durch jemanden oder durch eigene Prüfung oder Erfahrung gewonnene Gewißheit⁽¹⁵³⁾. Damit ist natürlich noch nichts darüber ausgesagt, wie diese Gewißheit zu gewinnen sei und ob es sich dabei rein um einen kognitiven oder um einen voluntativen Akt oder aber einen Akt handelt, der beide Elemente in sich vereinigt. Dies muß uns hier jedoch auch noch nicht beschäftigen, weil es sich hierbei mehr um eine Frage handelt, welches Beweismaß die Überzeugung fordert.

Im Gegensatz zur Überzeugung, die sich als gewonnene Gewißheit darstellt, bedeutet Ermessen, daß derjenige, der Ermessen ausübt, einen gewissen Spielraum hinsichtlich der Entscheidung hat⁽¹⁵⁴⁾. Ermessen bedeutet also

(153) vgl. Duden, Band 10, Bedeutungswörterbuch, unter "Überzeugung"

(154) vgl. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 40 Anm. 2 a

§ 6 I 1

Entscheidungsspielraum⁽¹⁵⁵⁾. Das Wesen der Ermessensentscheidung liegt darin, daß eine Wahlmöglichkeit besteht⁽¹⁵⁶⁾. Dabei kann es dahinstehen, daß beim gebundenen Ermessen auch Fälle denkbar sind, bei denen der Ermessensspielraum auf Null zusammenschrumpft. Dies ist nämlich nur eine Erscheinung im Rahmen der Durchführung von Ermessensentscheidungen, ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß Ermessen prinzipiell Wahlmöglichkeit gibt.

Somit steht fest, daß Überzeugung und Ermessen nicht synonym gebraucht werden können. Es muß also zunächst auch einmal dabei bleiben, daß der Beweismaßstab in § 287 Abs. 1 ZPO ebenso wie der im § 286 ZPO die freie Überzeugung des Richters ist. Im Gegensatz zur Ansicht von Prölss⁽¹⁵⁷⁾ räumt § 287 ZPO jedenfalls hinsichtlich der Entscheidung über die Schadenshöhe Ermessen nicht ein. Würde nämlich der Richter hier eine Ermessensentscheidung treffen dürfen, dann hätte er die Möglichkeit, unter mehreren durchaus verschiedenen Entscheidungen zu wählen, nicht nur eine Entscheidung könnte die richtige sein. Solches Ermessen widerspräche dem Gebot der Überzeugung, da Überzeugung jedenfalls in sich

(155) vgl. Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Auflage, § 114 RN 7; Heller/Gerhardt, Öffentliches Recht, Allgemeiner Teil 1976 S. 62

(156) vgl. Zippelius, Einführung in die juristische Methodenlehre, S. 107; Werner, Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, S. 56

(157) vgl. oben S. 56

§ 6 I 1

schließt, daß die von dem Richter getroffene Entscheidung zumindest die nach seiner Ansicht einzig richtige Entscheidung ist. Was bei der Entscheidung auch nach § 287 ZPO dem Richter allenfalls bleibt, ist jener Beurteilungsspielraum, "innerhalb dessen dann nur noch seine persönliche Richtigkeitsüberzeugung den Ausschlag gibt", eine Tatsache, die "nur dem als ein peinlicher Rest erscheint, der an die restlose Rationalisierung aller Lebensvorgänge und damit an die endliche Ausschaltung der kreativen Persönlichkeit zu glauben vermag"⁽¹⁵⁸⁾.

Insoweit freilich die materiell-rechtlichen Vorschriften durch unbestimmte Rechtsbegriffe in der Rechtsfolgeseite bewußt einen Beurteilungsspielraum gewähren, wird dieser durch § 287 ZPO weder erweitert noch eingengt. Würde § 287 ZPO tatsächlich die Entscheidung über die Schadenshöhe in das Ermessen des Gerichts stellen, dann wäre in den Fällen, in denen die materiell-rechtliche Anspruchsnorm einen Beurteilungsspielraum zuläßt (z.B. § 847 BGB) eine doppelte Freiheit gegeben. Dies kann aber nicht der Wille des Gesetzgebers sein.

Werner⁽¹⁵⁹⁾ nennt noch zwei wesentliche Kriterien, die ebenfalls dagegen sprechen, daß § 287 Abs. 1 ZPO

(158) vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 281

(159) Die Beweismwürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, S. 56 ff.

§ 6 I 1

eine Ermessensentscheidung zuließe:

Zum einen weist er sehr richtig darauf hin, daß der Schaden selbst objektiv nur in einer ganz bestimmten Höhe eingetreten sein und es daher objektiv auch nur eine richtige Entscheidung geben könne. Bei der Feststellung der Schadenshöhe handle es sich um eine Tatsachenfeststellung; zwei oder mehrere sich widersprechende oder gegenseitig ausschließende Tatsachen könnten aber nicht gleichzeitig als objektiv geschehen angesehen werden; vielmehr könne nur ein Sachverhalt der Wirklichkeit entsprechen und es sei Aufgabe des Richters, ausschließlich die Summe als Schadensersatz zuzusprechen, die er als die dem entstandenen Schaden entsprechende ansehe.

Zum anderen stehe eine Ermessensentscheidung unter dem Blickwinkel der Zweckmäßigkeit. In wesentlich gleichgelagerten Fällen könnten Ermessensentscheidungen divergierend ausfallen, da einmal dies, das andere Mal jenes zweckmäßiger zur Erreichung des Erfolges sein könne.

Als Zwischenergebnis läßt sich damit festhalten, daß nichts dafür spricht, § 287 ZPO verlange entgegen seinem ausdrücklichen Wortlaut nicht eine Entscheidung des Richters nach freier Überzeugung, sondern eine Entscheidung nach freiem Ermessen, wobei nicht einmal ersichtlich wäre, wie dieses Ermessen auszuüben wäre und wo es seine

§ 6 I 1

nicht zu über- bzw. unterschreitenden Grenzen hätte. Hier scheint - zumindest in neuerer Zeit - eine nicht gerechtfertigte Anleihe beim öffentlichen Recht genommen worden zu sein.

Es bleibt also zunächst dabei, daß Beweismaßstab in § 287 Abs. 1 ZPO ebenso wie in § 286 ZPO die freie Überzeugung des Richters ist. Abzustellen ist also auf die eigene Überzeugung des Richters, wobei der Richter sich in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit begnügen darf und muß, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen⁽¹⁶⁰⁾.

Bleibt zu untersuchen, ob andere aus § 287 - und etwa im Vergleich zu § 286 - zu gewinnende Kriterien ein Abgehen von vorgenannter Auffassung rechtfertigen könnten:

Hier wäre zunächst daran zu denken, daß sich aus der unterschiedlichen Fassung des den Beweismaßstab in § 286 und § 287 festlegenden Satzes auch eine unterschiedliche Beurteilung des Beweismaßstabes selbst ergeben könnte. Während nämlich § 286 vorsieht, das Gericht habe "unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Über-

(160) BGHZ 53, 245 (256)

§ 6 I 1

zeugung zu entscheiden", bestimmt § 287 lediglich, das Gericht entscheide "unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung."

Diese unterschiedliche Fassung vermag jedoch den Beweismaßstab als solchen nicht zu berühren. Zum einen umfassen "alle Umstände" auch ohne weiteres den gesamten Inhalt der Verhandlungen und das Ergebnis einer etwaigen Beweisaufnahme. Zum anderen könnte die aufgezeigte unterschiedliche Fassung allenfalls den Rahmen ändern, innerhalb dessen die freie Überzeugungsbildung zu geschehen hat, nicht jedoch diese selbst.

Ein weiteres Unterscheidungskriterium könnte darin gefunden werden, daß § 286 Abs. 1 S. 2 ZPO eigens vorsieht, daß das Gericht im Urteil die Gründe anzugeben hat, die für die richterliche Überzeugung maßgebend gewesen sind, wohingegen § 287 eine solche Vorschrift nicht enthält.

Hier könnte man zunächst die Ansicht vertreten, § 286 Abs. 1 S. 2 müsse auch für § 287, der ja lediglich für einen bestimmten Bereich eine Ausnahmenvorschrift gegenüber § 286 ist⁽¹⁶¹⁾, gelten. Diese Ansicht wäre jedoch abwegig. Zwar ist § 287 hinsichtlich des behaupteten Schadens eine Ausnahmenvorschrift zu § 286, der sich mit der Überzeugungsbildung über alle anderen

(161) vgl. oben § 3 II

§ 6 I 1

behaupteten Tatsachen auseinandersetzt. § 287 hat aber eben für diesen Bereich eine völlig selbständige Fassung erhalten, sodaß der Gesetzgeber - hätte er eine Anwendung des § 286 Abs. 1 S. 2 auch auf § 287 gewollt - zumindest mit Sicherheit ausdrücklich diese Vorschrift in § 287 für anwendbar erklärt hätte⁽¹⁶²⁾.

Aber auch sonst spricht nichts dafür, daß dieser Unterschied der §§ 286 und 287 eine Unterschiedlichkeit des Beweismaßstabes mit sich brächte. Mit der Einführung des Satzes 2 in Abs. 1 des § 286 wollte der Gesetzgeber lediglich eine leichtere Kontrollierbarkeit der Überzeugungsbildung des Richters erreichen, nicht zuletzt im Instanzenzug. Daß er diese Kontrolle im § 287 ZPO nicht eigens vorsieht, mag zwar dem Tatsachenrichter eine Erleichterung bei der Urteilsabfassung geben, ändert aber nichts am Beweismaßstab. Die Tatsache, daß der Richter die für seine Überzeugung leitenden Gründe angeben muß, stellt keine höheren Anforderungen an seine Überzeugungsbildung, sondern lediglich an die Offenbarungspflicht derselben. Dazu ist zu berücksichtigen, daß § 287 - worauf noch einzugehen sein wird - beim Verfahren der Überzeugungsbildung dem Richter Ermessen einräumt, so daß es von hier aus auch schwierig ist, die

(162) Insoweit schon zutreffend Stein, ZPO, 13. Aufl., § 287 Anm. III 2 mit Fußnote 37

§ 6 I 1

Gründe - jedenfalls für dieses Ermessen - darzu-
legen. Diese Freiheit hat aber keinen Einfluß auf
den Beweismaßstab. Auch die Tatsache, daß der
Gesetzgeber in § 287 Abs. 1 S. 2 und 3 das Gericht
hinsichtlich des Verfahrens der Überzeugungsge-
winnung mit größeren Freiheiten ausgestattet hat,
vermag an der Tatsache, daß Beweismaßstab die
- freie - Überzeugung des Gerichts ist, nichts
zu ändern. Der Weg zur Beschaffung des Beweis-
materials hat keinen Einfluß auf die Würdigung
des auf diesem Weg gefundenen Materials hinsicht-
lich seiner Wahrheit oder Nichtwahrheit, also
hinsichtlich seines Beweiswertes. Freilich macht
es das in § 287 ZPO vorgesehene Verfahren dem
Gericht möglich - und darauf wird noch besonders
zurückzukommen sein -, auf schnellerem und weniger
konventionellem Wege zum Ziel zu gelangen. Dies
war ja der Zweck der Einführung der Vorschrift,
da der Schadensersatzprozeß zum langwierigsten
geworden war. Insoweit könnte aber allenfalls
davon die Rede sein, daß der Gesetzgeber in
§ 287 die freie Beweiswürdigung grenzenloser
eingeführt hat als in § 286. Insofern wurde
oben⁽¹⁶³⁾ deutlich gemacht, daß der Gesetz-
geber durch die Verfahrensgestaltung etc. die
volle freie Beweiswürdigung eben nicht einge-
führt hat, daß jedoch - soweit die freie Beweis-
würdigung reicht - die freie Überzeugung des
Gerichts der endgültige Maßstab ist. Somit kann

(163) § 5 I

§ 6 I 1

eine Unterschiedlichkeit im Verfahren zur Gewinnung der die Überzeugungsbildung tragenden Tatsachen den Beweismaßstab nicht beeinflussen; sie kann allenfalls Einfluß haben auf den Umfang dessen, was überhaupt zu messen ist.

b) Abgrenzung: freie Überzeugung - Schätzungsbefugnis

Nunmehr erhebt sich die Frage, inwieweit es richtig ist, daß dem Gericht durch § 287 ZPO eine "Schätzungsbefugnis" eingeräumt sei und - wenn dem so ist -, ob diese einen Einfluß auf den Beweismaßstab hätte.

Es wurde oben⁽¹⁶⁴⁾ ausgeführt, daß praktisch einheitlich die Meinung vertreten wird, das Gericht dürfe gemäß § 287 ZPO die Schadenshöhe "schätzen".

Vorab ist einmal klarzustellen, daß die Vorschrift des § 287 ZPO in ihrer jetzigen Fassung den Begriff "schätzen" nicht enthält. Lediglich die frühere Art des vom Beweisführer zu leistenden Eides war der sogenannte Schätzungseid, ein durch bedingtes Endurteil auferlegter Eid⁽¹⁶⁵⁾, der in dieser Form in unserer Zivilprozeßordnung nicht mehr enthalten ist. Das Gesetz selbst sieht also eine Schätzung der Schadenshöhe nicht vor.

(164) § 5 II

(165) vgl. Stein, ZPO, 13. Aufl., § 287 Anm. IV

§ 6 I 1

Fraglich ist nun, was denn überhaupt unter dem Begriff "Schätzung" zu verstehen sei. Unterscheidet sich der Vorgang "Schätzung eines Betrages" denn von der Gewinnung ~~feier~~ Überzeugung über die Höhe eines Betrages?

Der Begriff "schätzen" oder "Schätzung" wird leider weder im allgemeinen noch auch im juristischen Sprachgebrauch einheitlich verwendet.

Im allgemeinen Sprachgebrauch gibt es zwei hier interessierende Begriffsbestimmungen von "schätzen":

Einmal versteht man unter "schätzen" den Versuch, Wert, Maß oder ähnliches ungefähr oder nach Er-messen zu bezeichnen, also etwas ungefähr zu be-rechnen⁽¹⁶⁶⁾.

Zum anderen versteht man unter "schätzen" auch etwas für sehr wahrscheinlich halten⁽¹⁶⁷⁾.

Diese Begriffsdefinitionen aus dem allgemeinen Sprachgebrauch helfen allenfalls insofern weiter, als man feststellen kann, daß "schätzen" im Sinne von ungefährrer Bestimmung nicht mit Überzeugung identisch sein kann. Die Überzeugung hat Gewiß-

(166) vgl. Duden Band 10 Bedeutungswörterbuch unter "schätzen";
Pekrun, Das deutsche Wort, unter "schätzen";
Der neue Brockhaus, Band 4 unter "schätzen"

(167) vgl. Duden, wie (166)

§ 6 I 1

heit zum Gegenstand. Bei der ungefähren Wert- oder Maßbestimmung nimmt der Bestimmende von vorneherein in Kauf, daß die Entscheidung eben nicht die richtige sein muß; sie ist allenfalls approximativ.

Will man also eine genauere Abgrenzung der Begriffe "Überzeugung" und "Schätzung" im Rahmen ihrer Verwendung im Recht gewinnen, empfiehlt es sich, sich in anderen Gesetzen umzusehen, ob und gegebenenfalls in welcher Bedeutung der Begriff "Schätzung" dort Verwendung findet.

Der Begriff "Schätzung" findet sich hauptsächlich in älteren und nur noch vereinzelt in neuen Gesetzen. Die folgenden Bestimmungen sind nicht alle, die den Begriff "schätzen" enthalten; sie sind nur zum Zwecke besserer Darstellung gewählt. So findet sich eine interessante Zusammenstellung privatrechtlicher Vorschriften, vor allem solcher des BGB, bei Werner, Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, S. 70, FN 53.

§ 162 Abgabenordnung neuer Fassung (in Kraft seit 1.1.1977) enthält folgende Bestimmung:

"Soweit die Finanzbehörde die Besteuerungsgrundlagen nicht ermitteln oder berechnen kann, hat sie sie zu schätzen".

Weiter findet man den Begriff "schätzen" in Art. 16 ff BayAGFlurBG. Art. 16 BayAGFlurBG lautet in

§ 6 I 1

Satz 1 folgendermaßen:

"Die Schätzung obliegt dem Vorstand der
Teilnehmergemeinschaft."

Schließlich regelten die Art. 17 bis 20 AGZPOKO
vom 23.2.1879 das sog. Verwaltungsschätzver-
fahren⁽¹⁶⁸⁾.

Die genannten Vorschriften aus dem Bayerischen
Enteignungsrecht sind jedoch zwischenzeitlich
aufgehoben durch Art. 54 Abs. 2 Ziff. 3 des
Bayerischen Enteignungsgesetzes vom 11.11.1974.

In den neueren Gesetzen wird nicht mehr von
Schätzung, sondern von Wertermittlung gesprochen.
So kennen die §§ 27 ff Flurbereinigungsgesetz
vom 16. 3. 1976 sowie die Wertermittlungsver-
ordnung vom 15. 8. 1972 in Verbindung mit §§ 316 ff
Bundesbaugesetz vom 23. 6. 1960 und § 91 Städte-
bauförderungsgesetz vom 27. 7. 1971 die sog. Wert-
ermittlung.

Vergleicht man nun die oben aufgeführten Vor-
schriften in der Abgabenordnung, im BayAGFlurBG
und im Bayerischen AGZPOKO, so ergibt sich für
die Begriffsbestimmung folgendes:

§ 162 Abgabenordnung entspricht in seinem Wort-
laut dem § 217 der Abgabenordnung a.F. Nach die-
ser Vorschrift ist die Schätzung der Besteuerungs-

(168) vgl. Seufert, Bayerisches Enteignungsrecht
S. 185

§ 6 I 1

grundlagen die letzte Handhabe, die dem Finanzamt zur Erfüllung der im Steuerermittlungsverfahren obliegenden Aufgaben gegeben ist⁽¹⁶⁹⁾. Das Finanzamt hat an sich die Umstände und Verhältnisse, die eine Steuerpflicht begründen, dem Grunde wie der Höhe nach genau festzustellen. Erst wenn sich dieses Ziel ganz oder teilweise unerreichbar erweist, ist nach Wahrscheinlichkeits-erwägungen zu entscheiden, ob die Merkmale des Steuertatbestandes verwirklicht sind und ggfs. in welchem zahlenmäßigen Umfang das der Fall ist⁽¹⁷⁰⁾.

Das Wesen dieser Schätzung liegt also darin, daß sie erst eingreift, wenn eine genaue Feststellung nicht mehr möglich ist. Dabei ist das Ziel dieser Schätzung, die Besteuerungsgrundlagen möglichst zutreffend zu finden oder sie so festzustellen, daß das Ergebnis die größte Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit für sich hat⁽¹⁷¹⁾.

Dieses "Schätzen" kann zum "griffweisen Bestimmen" innerhalb eines Schätzungsrahmens werden⁽¹⁷²⁾.

Bei diesem "Schätzen" nach der Bestimmung des § 162 Abgabenordnung handelt es sich also nicht

(169) vgl. Kühn, Abgabenordnung, § 217, Anm. 1

(170) vgl. Kühn, wie (169)

(171) vgl. Kühn, wie (169) Anm. 6 a

(172) vgl. Kühn, wie (169), Anm. 6 d

§ 6 I 1

um Überzeugung. Vielmehr soll diese Schätzung ja gerade erst eingreifen, wenn eine Überzeugung nicht mehr zu gewinnen ist. Hier nimmt also der Schätzende ganz bewußt in Kauf, daß er unter mehreren denkbaren Möglichkeiten eine herausgreift.

Im Flurbereinigungsrecht dient die Bodenschätzung im Sinne der Art. 16 ff BayAGFlurbG der Ermittlung des sog. Tauschwertes. Dazu bedarf es vielleicht einer kurzen Erläuterung:

Im Flurbereinigungsverfahren legt jeder Teilnehmer seine Flächen ein. Das Ziel des Flurbereinigungsverfahrens ist es dann, im Rahmen ländlicher Neuordnung möglichst große Bewirtschaftungsflächen zu schaffen. So müssen also über die Eigentums-
grenzen hinweg neue Flächen hergestellt werden. Bei der sog. Neuverteilung erhalten also die Teilnehmer zumindest teilweise völlig andere Flächen als die von ihnen eingelegten.

Um dabei einzelne Teilnehmer nicht dadurch zu benachteiligen, daß sie letztlich insgesamt minderwertige Flächen im Vergleich zu den von ihnen eingelegten erhalten, muß der sog. Tauschwert der eingelegten Flächen festgestellt werden.

Bei der Ermittlung dieses Tauschwertes handelt es sich jedoch nicht um den tatsächlichen Wert,

§ 6 I 1

wenngleich er ihm u.U. nahekommen kann. Es kommt vielmehr nur darauf an, die Bewertung so zu gestalten, daß der Wert der Grundstücke eines Teilnehmers im Verhältnis zu dem Wert aller Grundstücke des Flurbereinigungsgebietes zu bestimmen ist⁽¹⁷³⁾. Die wertgleiche Abfindung setze voraus, daß die Bewertung für alle Grundstücke der gleichen Art nach dem gleichen Maßstab erfolgt, weil sonst gleiches ungleich bewertet und eine solche Bewertung willkürlich geschehen würde⁽¹⁷⁴⁾. Für den Tauschwert im Flurbereinigungsverfahren wird also nicht ein absoluter Wert des einzelnen Grundstücks gefunden werden müssen, sondern das Wertverhältnis, in dem die Grundflächen des Flurbereinigungsgebietes zueinander stünden, also für jedes einzelne Flurstück ein relativer Wert⁽¹⁷⁵⁾.

Die hier durchzuführende Schätzung ist schon eher vergleichbar mit Überzeugung. Zwar wird nicht gesucht nach dem objektiv zutreffenden Wert des Grundstücks. Insoweit aber, als jeweils gleiche Grundstücke von ihrem Tauschwert her gleich zu beurteilen sind, verlangt die Schätzung die Gewißheit der Richtigkeit des Schätzungsergebnisses. Wohl vor allem deshalb wird auch im neuen Flurbereinigungsgesetz

(173) vgl. Steuer, Flurbereinigungsgesetz, § 27
Anm. 3

(174) vgl. Steuer, Flurbereinigungsgesetz, § 27
Anm. 6

(175) Jordan/Eggert/Kneissl-Gamperl, Handbuch der
Vermessungskunde S. 357/358

§ 6 I 1

nicht mehr von "Schätzung", sondern von Wertermittlung gesprochen. Auch das derzeit in der Beratung befindliche neue Bayerische Ausführungsgesetz zum Flurbereinigungsgesetz wird den Begriff der "Schätzung" nicht mehr enthalten. Nach der Drucksache 8/3509 des Bayerischen Staatsministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, die dem Bayerischen Landtag seit November 1976 zur Beratung vorliegt, heißt es unter Ziffer 9:

"Artikel 16 wird wie folgt geändert:

- a) in Satz 1 wird das Wort "Schätzung" ersetzt durch das Wort "Wertermittlung".

Der Grund für die neue Terminologie liege hauptsächlich darin, daß die Terminologie des bisherigen Rechts nicht mehr zeitgemäß empfunden wird, weil Begriffe verwendet würden, die nur noch im Steuerrecht zu Hause seien, nicht jedoch mehr im vergleichbaren Bodenrecht, vor allem im Baubodenrecht⁽¹⁷⁶⁾.

Bleibt schließlich der Begriff der Schätzung in Art. 17 ff BayAGZPOKO.

In dem früheren sog. Verwaltungsschätzverfahren wurde die Entschädigungshöhe bei Enteignung festgestellt. Obschon diese Vorschriften - wie oben bereits ausgeführt - abgelöst sind durch

(176) so Quadflieg, Das "neue" Flurbereinigungsgesetz und seine Auswirkungen, Zeitschrift für Vermessungswesen 1976 S. 166 ff, 171

§ 6 I 1

die Vorschriften des neuen Bayerischen Enteignungsgesetzes, welches seit 1. 3. 1975 in Kraft ist (Art. 54 Abs. 1 BayEG), können sie gerade auch in Zusammenschau mit den neuen Vorschriften einen Hinweis auf die Bedeutung des Begriffes "schätzen" im Rechtssinne geben.

Das Verwaltungsschätzverfahren stellte ein summarisches Verfahren zur Feststellung der Entschädigungshöhe vorbehaltlich endgültiger Entscheidung der ordentlichen Gerichte auf Anrufen eines Beteiligten dar⁽¹⁷⁷⁾. Für diese Schätzung waren die Maßstäbe des Titels II des Gesetzes vom 17. 11. 1837, also die Art. V ff ZAG, maßgebend. Dieser Artikel V stellte klare Regeln auf, wie sich die zu ermittelnde Entschädigung zusammzusetzen hatte.

Es handelt sich hier also um die Ermittlung des Wertes eines Grundstücks, wobei das Ergebnis dieser Ermittlung ein möglichst genaues und nicht nur ein annähernd richtiges sein sollte. Die die Entschädigungssumme aussprechende Kreisverwaltungsbehörde hatte natürlich die Summe auszusprechen, die nach Überzeugung des jeweiligen Beamten die richtige war. Diese Art der Schätzung ist also mit dem Begriff Überzeugung durchaus in Einklang zu bringen. Der Schätzende ist von der Richtigkeit seines Schätzwertes überzeugt.

(177) so Seufert, Bayerisches Enteignungsrecht, Art. 17 AGZPOKO Rn. 1

§ 6 I 1

Gerade hier ist es aber auch wieder von Interesse, daß im Enteignungsrecht der Begriff der Schätzung nicht mehr gebraucht wird. Vielmehr wird jetzt in Art. 29 BayEG von dem Verfahren zur Festsetzung der Entschädigung gesprochen. Diese Entschädigung bemißt sich nach dem Verkehrswert des Grundstücks, der durch den Preis bestimmt wird, der in dem Zeitpunkt, auf den sich die Ermittlung bezieht, im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach den Eigenschaften, der sonstigen Beschaffenheit und der Lage des Grundstücks ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse zu erzielen wäre (Art. 10 Abs. 1 BayEG).

Hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmungen läßt sich also zusammenfassend folgendes festhalten:

Der Begriff "Schätzung" wird in einer zweifachen Bedeutung gebraucht, nämlich einmal im § 217 Abgabenordnung a.F. (= § 162 Abgabenordnung n.F.) und zum anderen in Gesetzen, die sich mit der Ermittlung des Wertes von Grundstücken befassen. Im ersten Fall bedeutet "schätzen" nur annähernde Bestimmung. Dies ist nicht vereinbar mit dem Begriff "Überzeugung". Hingegen ist "schätzen" im Sinne der Vorschriften über die Wertermittlung von Grund und Boden durchaus ein Vorgang der Überzeugung. Hier wird auffallenderweise jedoch der Begriff "schätzen" in den neueren Gesetzen nicht mehr verwendet. Dies hat wohl seinen Grund darin, daß eben nicht der Eindruck entstehen soll, als

§ 6 I 1

würde hier - wie meist im allgemeinen Sprachgebrauch üblich - nur eine approximative oder ungefähre Bestimmung vorgenommen werden.

Wenn also der Richter im Rahmen des § 287 ZPO zur Schätzung befugt sein soll, dann kann der Begriff "schätzen" hier nur im letztgenannten Sinne Verwendung finden. Dadurch wird dann aber der Beweismaßstab - freie Überzeugung - nicht geändert.

Sieht man sich nun Urteile wie das des Reichsgerichts in RGZ 168, 47 oder das des Bundesgerichtshofs vom 16. 12. 1963⁽¹⁷⁸⁾ an, so könnte man zu der Ansicht gelangen, hier würde neben die Möglichkeit der freien Überzeugungsgewinnung die Befugnis zur Schätzung gestellt oder - vielleicht noch differenzierter ausgedrückt - die Schätzungsbefugnis als "Auffangmöglichkeit" für den Fall, daß Überzeugungsbildung nicht mehr möglich sei, angesehen. Das Gericht solle, wenn es nicht an allen Unterlagen bzw. Anhaltspunkten fehle, zur Schätzung greifen.

Es scheint, daß hier nur deswegen soviel Unklarheit in die Auslegung gekommen ist, weil man seit jeher nicht den Kernpunkt des Unterschiedes zwischen § 286 und § 287 hinsichtlich des Gegenstandes der Überzeugungsbildung genügend beachtet hat. In § 286 geht es meist um Tatsachen, deren Wahrheit entweder erwiesen oder

(178) NJW 64, 589

§ 6 I 1

nicht erwiesen sein kann: tertium non est. In § 287 geht es - soweit in diesem Teil der Abhandlung von Interesse - ausschließlich um die Höhe eines zu ersetzenden Betrages. Hier kommen theoretisch in fortlaufender Zahlenreihe viele Möglichkeiten in Betracht. Es gibt also nicht nur eine einzige Alternative: ja oder nein; vielmehr gibt es meist viele Möglichkeiten; zumindest liegen meist innerhalb eines bestimmten Rahmens viele Möglichkeiten. Es ist nun Aufgabe des Richters, auf Grund des gewonnenen Beweismaterials die ihm am meisten wahrscheinlich erscheinende Möglichkeit herauszusuchen. Wenn dies nach freier Überzeugung zu geschehen hat, dann kann er freilich nicht "schätzen" im landläufigen Sinne, indem er - sozusagen "über den Daumen gepeilt" - irgendeine innerhalb des Rahmens liegende Zahl willkürlich herausgreift. Vielmehr muß er tatsächlich überzeugt sein, daß der von ihm gewählte Betrag auf Grund des vorliegenden Beweisergebnisses dem wirklich geschuldeten Betrag am nächsten kommt. Das ist Entscheidung nach freier Überzeugung und das läßt sich vereinbaren mit dem oben dargestellten Begriff "schätzen" i.S. von Wertermittlung.

Hiermit läßt sich aber auch ohne weiteres eine Entscheidung wie die des Bundesgerichtshofs vom 16. 12. 1963⁽¹⁷⁹⁾ tragen; freilich kann der Richter dann, wenn das Beweisergebnis

(179 = (178)

§ 6 I 1

- gewonnen nach dem Verfahren des § 287 Abs. 1 S. 2 und 3 ZPO - den Beweis des vollen Schadens nicht erbringt, nach freier Überzeugung entscheiden, welcher Schadensbetrag mindestens zu ersetzen ist. Auch hier muß aber der Richter dann überzeugt sein, daß dieser Schaden mindestens dem Geschädigten entstanden ist. Dies ist doch nichts anderes, als wenn das Gericht im Verfahren der Überzeugungsgewinnung nach § 286 ZPO zu dem Ergebnis kommt, daß etwa bei einem Bereicherungsanspruch nach dem gefundenen Beweisergebnis der behauptete und eingeklagte Anspruch in der behaupteten Höhe nicht bestehe, und somit der Klage im Urteil nur zum Teil stattgibt.

Somit ist festzustellen, daß das Gesetz einen anderen Beweismaßstab als die freie Überzeugung des Richters nicht vorsieht. Schätzung kommt nur dann in Betracht, wenn mit diesem Begriff nicht die mehr oder weniger willkürliche Festsetzung eines von vielen möglichen Beträgen gemeint ist, sondern das mit Überzeugung gleichzusetzende Ergebnis einer genauen Wertermittlung anhand bestimmter Kriterien.

c) Abgrenzung: Freie Überzeugung - Rechtsfolgenbestimmung

Somit bleibt die Frage, ob die Theorie Hainmüllers⁸¹⁸⁰⁾, daß § 287 ZPO eine "Rechts-

(180) Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeit S. 146

§ 6 I 1

folgenbestimmung mit speziellem Ermessensspielraum" darstelle, mit dem im § 287 ZPO festgelegten Beweismaßstab "freie Überzeugung" vereinbar erscheint.

Hainmüller steht mit seiner Theorie nicht allein, wenngleich er den Begriff "Rechtsfolgenbestimmung" als einziger in dieser klaren Aussageweise verwendet. Im Ergebnis schließen sich wohl zumindest Prölss⁽¹⁸¹⁾ und Stoll⁽¹⁸²⁾ der Theorie Hainmüllers an, wenn sie in der Entscheidung nach § 287 nicht lediglich das Ergebnis der Überzeugungsbildung über die Wahrheit oder Unwahrheit von Tatsachen, hier eben der Schadenshöhe, sondern einen "rechtsgestaltenden Willensakt" (Prölss) sehen oder aus der Vorgeschichte des § 287 schließen wollen, daß dieser weniger mit dem für die richterliche Überzeugung notwendigen Beweismaß zu tun habe, sondern vielmehr in erster Linie den Richter dazu ermächtige, bei feststehendem Haftungsgrund den Schaden notfalls ex aequo et bono zu bemessen (Stoll). Nach Auffassung von Prölss und Stoll kann und muß der Richter, sofern sonst grundsätzlich berechtigte Ansprüche vereitelt würden, einen nach den Umständen angemessenen Schätzungsbetrag zusprechen, auch wenn er nicht davon überzeugt ist, ja wenn es nicht einmal wahrschein-

(181) Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß S. 49

(182) Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel S. 184

§ 6 I 1

lich ist, daß der zuerkannte Betrag genau dem Schaden entspricht⁽¹⁸³⁾.

Eine solche Auslegung des § 287 ZPO widerspricht dem Sinn der Zivilprozeßordnung in ihrem Verhältnis zum materiellen Recht. Der Zweck des Zivilprozesses - und hier in Besonderheit des Erkenntnisverfahrens - ist darin zu sehen, daß behauptete subjektive Rechte, deren Entstehung sich nach materiellem Recht richtet, als bestehend festgestellt werden. "Das Entscheidungs- oder Urteilsverfahren, der Erkenntnisprozeß, hat die Entscheidung, das Urteil zum Ziel, welches das Bestehen oder Nichtbestehen des von der Klage behaupteten oder verneinten Rechts (Rechtsverhältnisses) feststellt und daran anknüpft"⁽¹⁸⁴⁾. Das Gericht stellt also durch Urteil fest, ob die vom Kläger behauptete, jedoch im materiellen Recht wurzelnde Rechtsfolge eingetreten sei oder nicht. Dies geschieht durch Subsumtion des vorgetragenen Sachverhalts unter die Anspruchsnorm und durch Überprüfung, ob die zur Begründung der gewollten Rechtswirkungen aufgestellten und geeigneten Behauptungen, falls beweisbedürftig, bewiesen sind.

(183) wie (182)

(184) Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht,
11. A ufl., S. 2, 3

§ 6 I 1

Die eigentliche Rechtsfolgenbestimmung geschieht also im Urteil durch die Entscheidung des Gerichts. Die Rechtsfolge als solche ist dabei immer Teil der materiellrechtlichen Norm. Das bis zum Urteil geregelte Verfahren will dem Gericht den Weg aufweisen, wie es letztlich zur Entscheidung kommt. Ein ganz wesentliches Element dieses Verfahrens ist eben die Wahrheitsfindung durch das Gericht. Wenn oben herausgearbeitet wurde, daß § 287 ZPO eine Vorschrift ist, die sich mit dieser Wahrheitsfindung auf dem Weg zur endgültigen Entscheidung befaßt und daher dem Beweisrecht angehört, dann widerspräche es diesem Ergebnis, wollte man in dieser Bestimmung eine Rechtsfolgenbestimmung sehen. Will der Gesetzgeber auf der Rechtsfolgeseite eine freie Bestimmung durch das Gericht, so bringt er dies in der materiellrechtlichen Norm zum Ausdruck, wofür § 47 Abs. 2 S. 2 PatG ein eindrucksvolles Beispiel ist: dort ist kraft materiellen Rechts (Bestimmung der Rechtsfolge) dem Gericht die Möglichkeit eingeräumt, bei nur leichter Fahrlässigkeit des Patentverletzers statt des Schadensersatzes eine Entschädigung festzusetzen, die in den Grenzen zwischen dem Schaden des Verletzten und dem Vorteil bleibt, der dem Verletzer erwachsen ist. Hier wird also dem Gericht bei der durch Urteil vorzunehmenden Feststellung der materiellrechtlich vorgeesehenen Rechtsfolge ausdrücklich Ermessen eingeräumt. Dies ist also eine Rechtsfolgenbestimmung mit Ermessensspielraum, nicht aber § 287 ZPO, der

§ 6 I 1

dazu gegeben ist, nach freier Überzeugung über die Richtigkeit der Schadenshöhe zu entscheiden.

Freilich enthält auch die Zivilprozeßordnung gelegentlich "Rechtsfolgebestimmungen", so vor allem, wenn die Folgen verfahrensrechtlich relevanten Verhaltens festgelegt werden. Typisches Beispiel ist hier das Versäumnisurteil, das die Folgen der Totalversäumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung regelt⁽¹⁸⁵⁾. Gerade die Vorschriften über das Versäumnisurteil zeigen aber, daß die ZPO wirklich nur verfahrensrechtliche Rechtsfolgebestimmungen aufstellen will, ohne die materiellrechtliche Rechtsfolge modifizieren zu wollen, wie dies der Fall wäre, wenn man in § 287 eine Rechtsfolgenbestimmung sehen wollte. Erscheint nämlich der Kläger nicht, dann wird er eben so behandelt, als wolle er sein Rechtsschutzbegehren nicht weiterverfolgen; es wird die Klage vollends abgewiesen. Erscheint der Beklagte nicht, dann wird er so behandelt, als wolle er gegen die Klage Einwendungen nicht erheben; es kann der Klage aber nur stattgegeben werden, wenn der Sachvortrag schlüssig ist und die Feststellung des Vorliegens der materiellrechtlichen Rechtsfolge rechtfertigt; andernfalls kann das Gericht diese Rechtsfolge nicht aussprechen.

(185) Thomas-Rtzo, ZPO, 8. Aufl., Vorbem. zu § 330

§ 6 I 1

Nach alledem kann also § 287 ZPO in seiner heutigen Fassung nicht als Rechtsfolgenbestimmung mit Ermessensspielraum angesehen werden. Freilich darf gerade an dieser Stelle nicht übersehen werden, daß in der Zeit vor der und um die Einführung des § 287 ZPO gewichtige Meinungen vorhanden waren, die eine Vorschrift einführen wollten, die dem Richter in Bezug auf die Schadenshöhe die Befugnis zur Rechtsfolgenbestimmung im Rahmen eines weiten Ermessensspielraums zukommen lassen sollte⁽¹⁸⁶⁾. Vor allem auch Vorläufer der Vorschrift des § 287 ZPO in anderen Gesetzen, so die oben S. 19, 20, 21 zitierten §§ 307 des Hannover'schen Entwurfs von 1866, § 595 der Prozeßordnung für das Großherzogtum Baden von 1851 und Artikel 330 der Prozeßordnung für das Königreich Bayern lassen sich durchaus als echte Rechtsfolgenbestimmungen mit Ermessensspielraum verstehen. In all diesen Vorschriften wird nämlich vom Festsetzen des Schadensbetrages bzw. vom Bestimmen der Höhe der Entschädigung der Billigkeit gemäß gesprochen.

So gesehen wäre also Hainmüllers Theorie zutreffend. Jedoch hat diese Meinung bzw. die genannte Formulierung der Gesetzgebung endgültig nicht ihren Niederschlag in der schließlich Gesetz gewordenen Fassung des § 287 ZPO gefunden.

(186) vgl. oben S. 23 ff

§ 6 I 1

Hätte dies geschehen sollen, hätte der Gesetzgeber schon damals eine diesbezüglich klarere Unterscheidung in der Terminologie der §§ 259, 260 CPO (286, 287 ZPO) finden müssen. So finden sich denn auch im Anschluß an die Einführung des § 287 ZPO nicht solche Entscheidungen, wie sie bei Zink und bei Lehmann aus dem französischen Rechtsbereich zitiert sind. Im übrigen ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen, daß gerade heute eine Vorschrift wie die des § 287 ZPO nicht über die materiellrechtlichen Vorschriften hinaus noch einmal Rechtsfolgenbestimmung gewähren kann: es würde dann in vielen Fällen zu einer nicht zu vertretenden "doppelten Erleichterung" kommen, nämlich immer dann, wenn schon die materiellrechtliche Bestimmung auf der Rechtsfolgenseite zur Überbrückung des Mangels genauer Bestimmbarkeit der Schadenshöhe Billigkeitsentscheidungen einräumt. So stellen sich denn auch die vielfach zitierten französischen Urteile als Rechtsfolgenbestimmungen unter Abwägung materiellrechtlich bedeutsamer Kriterien des Einzelfalles dar. Dies ist dem deutschen materiellen Recht nicht fremd, denke man nur an die Figuren des Mitverschuldens oder der sog. Gefahrengemeinschaft. § 287 ZPO räumt also nicht nur nicht "Ermessen" als Beweismaßstab ein; erst recht nicht kann diese Vorschrift als Rechtsfolgenbestimmung verstanden werden.

§ 6 I 2

2. Änderung des Beweismaßstabes durch "Richterrecht"?

Nun könnte man die Meinung vertreten, die Tatsache, daß sehr viele Entscheidungen⁽¹⁸⁷⁾ statt von "Überzeugung" von "Ermessen" sprechen, habe eine Änderung des Beweismaßstabes des § 287 ZPO durch "Richterrecht" bewirkt. Dem ist aber nicht so.

Grundsätzlich kann eine "ständige Rechtsprechung", die einer allgemeinen Rechtsüberzeugung entspricht und praktisch unangefochten ist, den Geltungsgrad von Gewohnheitsrecht erlangen⁽¹⁸⁸⁾. Demgegenüber ist jedoch jeder Richter, der dieselbe Rechtsfrage erneut zu beurteilen hat, bei der Entscheidung des Einzelfalles aufgerufen, selbständig nach seiner gewissenhaft gebildeten Überzeugung zu entscheiden, ob die in dem Präjudiz ausgesprochene Gesetzesauslegung im geltenden Recht begründet ist; Präjudizien mögen eine gewisse Vermutung der Richtigkeit für sich haben; der Richter darf sich aber nicht unbesehen auf sie verlassen, sondern muß sich zumindest dann, wenn ihm Zweifel an der Richtigkeit des Präjudizes kommen, ein eigenes Urteil bilden⁽¹⁸⁹⁾.

(187) vgl. S. 49 ff

(188) vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 346,

(189) wie(188) S. 422, 423.

§ 6 I 2

Im Rahmen des § 287 ZPO von einer gewohnheitsrechtlich, nämlich durch Richterrecht, begründeten Änderung des Beweismaßstabes - "Ermessen" statt "freie Überzeugung" - zu sprechen, erscheint schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil jeder Richter bei der Anwendung dieser Vorschrift erst einmal vom Wortlaut des Gesetzes ausgehen muß. Wollte er also entgegen dem Wortlaut - "freie Überzeugung" - als Beweismaßstab das Ermessen - mit dem ihm spezifischen Spielraum im Sinne eines Wahlrechts unter mehreren Möglichkeiten - wählen, und sich dabei auf "Richterrecht" berufen, müßte durch eine andauernde Rechtsprechung eine klare Umdeutung erfolgt sein. Abgesehen davon, daß eine solche Umdeutung heute mit größter Wahrscheinlichkeit ihren Niederschlag in einer Änderung des Gesetzesswortlauts gefunden hätte, ist sie auch in der notwendigen Klarheit von der Rechtsprechung nicht vorgenommen worden. Eine nicht immer einheitliche Terminologie rechtfertigt noch lange nicht den Schluß auf eine durch Richterrecht perpetuierte Umdeutung.

Auch durch Richterrecht ist also der Beweismaßstab der § 287 ZPO, die "freie Überzeugung", nicht geändert.

§ 6 I 3

3. Beweismaßstab und Beweisquantum

Nachdem nun dargelegt ist, daß Beweismaßstab in § 287 ZPO die "freie Überzeugung" ist, bedarf es einer Aussage darüber, welches Beweisquantum dieser Beweismaßstab fordert, ob dieses Beweisquantum für § 287 ZPO dasselbe ist wie für § 286 ZPO und ob das Beweisquantum dann, wenn es ein geringeres wäre, Einfluß auf den Beweismaßstab haben könnte.

Diese Aussage kann in Anbetracht der ganz enormen Schwierigkeiten, die sich bei der Untersuchung der Problematik ergeben, im Rahmen dieser Arbeit keine abschließende sein. Die Problematik anzusprechen rechtfertigt sich jedoch nicht nur deshalb, weil immerhin der Bundesgerichtshof z.B. in seiner in NJW 1972, 1515 ff abgedruckten Entscheidung dem Richter bei der Überzeugungs- bildung nach § 287 ZPO eine "größere Ermessens- freiheit" einräumt und ihn ermächtigt, "sich je nach Lage des Falles anstelle einer an Sicher- heit grenzenden mit einer mehr oder minder hohen (mindestens aber überwiegenden) Wahrscheinlich- keit zu begnügen", sondern vor allem auch aus dem Grunde, weil gerade die neue Literatur immer mehr auf die Frage des Beweismaßes im Schadens- ersatzprozeß und vor allem auch im Rahmen des

§ 6 I 3

§ 287 ZPO eingeht⁽¹⁹⁰⁾.

a) Der Begriff "Überzeugung"

Um genauer klären zu können, welches Beweisquantum der Beweismaßstab "Überzeugung" fordere, bedarf es zunächst noch einmal einer genaueren Bestimmung des Inhalts des Begriffs "Überzeugung". Während es bisher für die Abgrenzung der denkbaren Beweismaßstäbe zueinander genügte, darzulegen, daß Überzeugung Gewißheit in sich schließe, muß nunmehr überlegt werden, wann der Richter Gewißheit haben dürfe, und ob diese Gewißheit allein durch einen bestimmten Grad von Wahrscheinlichkeit entstehen kann oder ob mehr, nämlich ein nicht allein kognitives Verhalten, sondern ein voluntativer Akt dazu kommen muß.

Betrachtet man auch hier zunächst wieder den allgemeinen Sprachgebrauch, so führt dies nicht allzu weit.

(190) vgl. z.B. Döhring, Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß, S. 445 ff,
Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts,
2. Aufl., S. 455,
Musielak, Grundlagen der Beweislast, S. 105 ff,
Maassen, Beweismaßproblem im Schadensersatzprozeß, S. 87 ff,
Werner, Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, S. 83 ff
Weitnauer, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, S. 17 ff

§ 6 I 3

Überzeugung schließt sich an Überzeugen und Überzeugtsein an, wobei Überzeugen ursprünglich die Bedeutung hatte "durch Zeugen oder Beweismittel überführen" und später in mannigfacher Bedeutung verwendet wurde⁽¹⁹¹⁾. Eine wesentliche Bedeutung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch besteht darin, daß Überzeugen die Einwirkung ausdrückt, die durch Beweise auf den Glauben der als Objekt gesetzten Person hervorgebracht wird⁽¹⁹²⁾. Weiter kann man Überzeugung verstehen als die durch jemanden oder durch eigene Prüfung oder Erfahrung gewonnene Gewißheit⁽¹⁹³⁾.

Zwar zeigen diese Begriffsbeschreibungen aus dem allgemeinen Sprachgebrauch bereits, daß zur Überzeugung mehr gehört als die bloße Erfahrung von Wahrscheinlichkeit. Überzeugung ist schon von hier aus verbunden mit Glauben bzw. mit Gewißheit der zu überzeugenden Person. Dennoch können uns diese Begriffsbestimmungen nicht ausreichen zur Festlegung des Begriffs "Überzeugung", wie er im Beweisrecht Anwendung findet.

Freilich muß hier noch einmal betont werden, daß die Entscheidung der Frage, was Überzeugung überhaupt sei und welches Beweisquantum die Überzeugung fordere, hier nicht gefunden werden kann und soll. Vielmehr wäre dieses Problem - wie dies

(191) vgl. Paul, Deutsches Wörterbuch, 3. Aufl. S. 565

(192) vgl. Paul, Deutsches Wörterbuch, 6. Aufl. S. 697

(193) vgl. Der große Duden, Band 10, Bedeutungswörterbuch unter Stichwort "Überzeugung"

§ 6 I 3

schon Klauser sehr richtig meint - einer eigenen Untersuchung wert. Hier sollen also ohne Vorgriff auf eine solche umfassende Untersuchung lediglich Denkanstöße vermittelt und vorläufige Ergebnisse im Rahmen der Anwendung des § 287 ZPO gesucht werden.

Döhring⁽¹⁹⁴⁾ vertritt die Auffassung, die Wahrheitsforschung sei keine reine Verstandessache. An ihr seien alle seelischen Kräfte beteiligt. Neben der rationalen Denktätigkeit sprächen auch gefühlsmäßige Regungen mit. Bei der endgültigen Beweiswürdigung habe der Sachbearbeiter auch die innere Stimme angemessen zu berücksichtigen; diese könne bei schwer zu erhellenden Geschehensabläufen der ausschlaggebende Faktor für die Endentscheidung werden. Zu dem, was der kritische Verstand erarbeitet habe, müsse das Ja aus der Tiefe der Persönlichkeit hinzukommen⁽¹⁹⁵⁾.

Werner⁽¹⁹⁶⁾, der Überzeugung gleichsetzt mit persönlicher Gewißheit, hält bei der Bildung der Überzeugung zwei Komponenten für entscheidend, nämlich eine objektive, die von den Überzeugungsgründen gebildet werde, und eine subjektive, die einen psychischen Entscheidungsakt, ein volunta-

(194) Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß S. 462, 463

(195) wie (194) S. 465

(196) Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, S. 74 ff

§ 6 I 3

tives Element darstelle. Das subjektive Element der Überzeugung werde geprägt von dem Bejahen oder Verneinen der unter Beweis stehenden Tatsachen aufgrund der gewonnenen Einsichten in die Sachverhaltsbeziehungen, wobei die richterliche Entscheidung nicht auf einem rein feststellenden Erkenntnisvorgang beruhe, sondern sich als ein Willensakt darstelle⁽¹⁹⁷⁾.

Maassen⁽¹⁹⁸⁾ begreift Überzeugung als das Bewußtsein einer subjektiven Gewißheit auf Grund sorgfältiger und erschöpfender Nachforschungen. Die endgültige Entscheidung, die zur richterlichen Überzeugung führe, sei ein willentlicher und schöpferischer Akt⁽¹⁹⁹⁾.

Schneider⁽²⁰⁰⁾, der sich mit der Überzeugungsbildung des Strafrichters befaßt, warnt davor, die Sachverhaltsaufklärung des Tatrichters als einen rein kognitiv-registrierenden Vorgang aufzufassen. Vielmehr handele es sich um einen kreativen Akt, bei dem der Tatrichter den Sachverhalt objektiv gestalte; zur notwendigen gedanklichen Kombinatorik träten noch Elemente des Gefühls, des Willens und der Phantasie hinzu,

(197) wie (196) S. 77

(198) Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, S. 24

(199) wie (198), S. 29, 30

(200) Beweisverwertungsverbot der Zeugnisverweigerung, S. 274

§ 6 I 3

die erst die volle psychische Zustimmung des Tatrichters ermöglichten.

Grunsky⁽²⁰¹⁾, der für entscheidend die subjektive Überzeugung des zur Entscheidung berufenen Richters hält, differenziert nicht, inwieweit diese subjektive Entscheidung kognitiver und inwieweit sie voluntativer Art sei. Jedoch lassen seine Ausführungen, in denen er vor allem auch auf die Persönlichkeit des einzelnen Richters abstellt, erkennen, daß auch er die bloße Erfahrung eines bestimmt hohen Wahrscheinlichkeitsgrades für die Überzeugungsbildung nicht ausreichen lassen will, sondern daß ein Entscheidungsakt dazukommen muß.

Blomeyer⁽²⁰²⁾, der sich mehr mit der Frage nach einer objektiven Abgrenzung des Beweismaßes befaßt, geht für den Begriff Überzeugung offensichtlich ebenfalls davon aus, daß hier ein irgendwie gearteter Willensakt hinzukommen müsse, der je nach Richterpersönlichkeit unterschiedlich eintreten könne. Dies ergibt sich unschwer aus seiner Fragestellung:

"wie, wenn er zweifelt, wo andere überzeugt wären, kurzum - wenn der subjektive Vorgang der Überzeugungsbildung bei einem Richter erheblich anders ausfällt als bei anderen?" (203)

(201) Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 450

(202) Beweislast und Beweismwürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, S. 15

(203) wie (202)

§ 6 I 3

All diesen Bestimmungen und Beschreibungen des Begriffes der Überzeugung ist eines gemeinsam: man kann Überzeugung offensichtlich nicht als bloße Erfahrung von Tatsachen beziehungsweise Wahrscheinlichkeiten werten; vielmehr kommt ein sich als Entscheidung darstellender Persönlichkeitsakt hinzu.

Die Überzeugung enthält also zwei wesentliche Elemente: zum einen die rein kognitive Erfahrung von Gegebenheiten oder Wahrscheinlichkeiten, zum anderen jenen voluntativen oder psychischen Akt, der auf Grund der gewonnenen Erfahrung bei dem Richter das Überzeugtsein mit sich bringt.

Während das rein kognitive Element noch objektivierbar erscheint, sofern sich die Erfahrung darstellen läßt, ist der voluntative Akt der Überzeugungsbildung ein rein subjektives Element. Gerade insoweit rechtfertigt es sich, von der Überzeugung des Richters zu sprechen. Er allein ist zu dieser Entscheidung berufen, es ist ausschließlich seine persönliche Überzeugung. Dies hat der Gesetzgeber auch gewollt, als er sich von dem System der Beweisregeln abwandte und die freie Beweiswürdigung einführte. Dabei muß leitend für den Richter sein, daß sich seine Überzeugung auf die Wahrheit oder Nichtwahrheit einer behaupteten Tatsache bezieht.

§ 6 I 3

b) Welches Beweisquantum fordert die Überzeugung?

Wenn man nun davon ausgehen muß, daß die Überzeugung die Bildung der Gewißheit des Richters von der Wahrheit einer Tatsache auf Grund der Erfahrung von Gegebenheiten oder Wahrscheinlichkeiten ist, dann erhebt sich die Frage, wann der Richter diese seine persönliche Gewißheit bilden dürfe.

Richtig betrachtet handelt es sich also hier um die Frage, bei welchem Grad von Wahrscheinlichkeit - auf der rein kognitiven Seite - der Richter überzeugt sein darf.

In diesem Zusammenhang unterscheidet Maassen (204) zwischen der subjektiven und der objektiven Beweismaßtheorie. Bei der subjektiven Beweismaßtheorie erreiche der Richter objektiv einen so hohen Grad von Wahrscheinlichkeit, daß er die Parteibehauptungen subjektiv für wahr halte⁽²⁰⁵⁾; die objektive Beweismaßtheorie überlasse die Bestimmung des Beweismaßes nicht dem subjektiv-emotionalen Werturteil des Richters, sondern versuche, den Richter an ein objektives Beweismaß zu binden, wobei zur Beweismaßbeschreibung fünf Begriffe verwandt würden: beim Hauptbeweis die Begriffe objektive Wahrheit, Gewißheit, Sicherheit und Wahrscheinlichkeit,

(204) wie (203), S. 23 ff

(205) wie (203), S. 25

§ 6 I 3

bei der Beschreibung der Anforderungen an den Gegenbeweis meist der Begriff der Möglichkeit⁽²⁰⁶⁾.

Diese Trennung in subjektive und objektive Beweismaßtheorie geht etwas zu weit. Auch bei der "objektiven Beweismaßtheorie" ist Ausgangspunkt die persönliche Überzeugung des Richters. Es geht doch nur um den Versuch, diese persönliche Überzeugungsbildung durch Festlegung objektiver Kriterien zu binden und so zu erreichen, daß in ähnlich gelagerten Fällen infolge der subjektiven Entscheidung des jeweiligen Richters nicht allzu verschiedene Ergebnisse herauskommen. Daß das Ergebnis der Überzeugungsbildung immer nur die subjektive und nicht die objektive Wahrheit sein kann, leuchtet ohne weiteres ein, da der Mensch eben nur dazu fähig ist, etwas für wahr zu halten, und nicht in der Lage ist, die absolute Wahrheit zu erkennen.

Wenn wir auf die persönliche Überzeugung des Richters abzustellen haben, dann ist es grundsätzlich Sache dieses Richters, wann er das Ergebnis seiner kognitiven Erfahrung ausreichen läßt, um überzeugt zu sein. Dabei muß in Kauf genommen werden, daß bei dem einen Richter der voluntativ-psychische Akt der Überzeugungsbildung eher eintritt als bei dem anderen.

(206) wie (205), S. 32

§ 6 I 3

Grundsätzlich fordert die freie Überzeugung als Beweismaßstab eine so hohe Erfahrung von Wahrscheinlichkeit, wie sie der die Entscheidung treffende Richter braucht, um Überzeugung bilden zu können.

c) Unterschiedliches Beweisquantum in § 286 und 287 ZPO?

Nun wird vielfach behauptet, § 287 erfordere ein geringeres Beweisquantum als § 286, der Richter müsse also bei der Entscheidung nach § 287 ZPO eher überzeugt sein als bei der Entscheidung nach § 286 ZPO⁽²⁰⁷⁾.

Es wurde bereits mehrfach herausgestellt, daß der Beweismaßstab in § 286 und § 287 derselbe ist: die freie Überzeugung.

Kann dieser selbe Beweismaßstab überhaupt ein unterschiedliches Beweisquantum fordern?

Wenn dem so wäre, dann würde nicht der Beweismaßstab sein Beweisquantum verlangen; vielmehr würde das jeweilige Beweisquantum bestimmen, wie im einzelnen der Beweismaßstab auszusehen hätte. Dann aber bedürfte es nicht der Festlegung eines Beweismaßstabes. Denn an diesem soll doch gemessen werden, ob das Maß ausreichend sei oder nicht.

(207) vgl. z.B.:

Werner, Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, S. 79

Döhring, Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß, S. 456;

Klauser, Möglichkeit und Grenzen richterlicher Schadensschätzung, JZ 1968, S. 167 ff.

§ 6 I 3

Grundsätzlich ist also festzuhalten, daß der Beweismaßstab sein Beweisquantum fordert. Wenn also der Beweismaßstab in § 286 und in § 287 ZPO derselbe ist, dann muß auch das zu fordernde Beweisquantum dasselbe sein.

Alle Versuche, das Beweisquantum infolge bestimmter objektiver Umstände - z.B. mangelnde Aufklärbarkeit, Billigkeit - modifizieren zu wollen⁽²⁰⁸⁾ -, gehen daher fehl. Die Wahrheit - auch wenn sie nur die subjektive ist - kann nicht eine unterschiedliche sein, je nach Gestaltung des Falles. Wenn Werner gar ausführt, auf die Höhe des Beweismaßes sei das Gewicht der Entscheidung für die Betroffenen von Einfluß⁽²⁰⁹⁾, so würde er konsequenterweise verlangen, daß bei geringerem Gewicht der Entscheidung die richterliche Überzeugung bereits einzusetzen habe, obschon der Richter noch gar nicht das für seine Überzeugungs-bildung notwendige Beweismaß für erbracht hielte. Abgesehen davon, daß dies letztlich eben zu unterschiedlicher Wahrheit führen würde, kann man doch - und das ist die Kritik an allen Meinungen, die in § 287 eine Beweismaßreduzierung verlangen - den Richter nicht zwingen, den voluntativ-psychischen Akt der Überzeugungs-bildung bereits dort einsetzen zu lassen, wo er bei ihm noch nicht einsetzen würde. Entweder ist der

(208) vgl. hierzu Werner und Döhring wie (207)

(209) wie (207), S. 90 - 92

§ 6 I 3

Richter überzeugt oder nicht. Man kann in ihm nicht zwei oder mehrere Stufen der Überzeugungsbildung ansiedeln.

Die Verobjektivierung des Beweismaßes kann also nur einen - für § 286 und § 287 ZPO gleichermaßen gültigen - Sinn haben: eine Begrenzung des Beweismaßes nach unten oder - besser ausgedrückt - die Festlegung eines Mindestmaßes. Wo dieses Mindestmaß bei dem Beweismaßstab "freie Überzeugung" zu finden sei, kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht endgültig festgestellt werden. Denkbar ist jedoch, daß man dem Richter vorschreiben könnte, seine Überzeugung dürfe frühestens bei einer überwiegenden (= 51 %) Wahrscheinlichkeit einsetzen, wenn nicht gewichtige anderweitige Möglichkeiten einen höheren Grad von Wahrscheinlichkeit zur Gewinnung von Gewißheit verlangen.

Hier sind allerdings viel grundsätzlichere Erwägungen notwendig, die im Rahmen einer gesonderten Untersuchung vorzunehmen sind. Als richtungsweisend können in diesem Zusammenhang die Ausführungen Weitnauer's⁽²¹⁰⁾ angesehen werden, der sich erst einmal sehr gründlich mit dem Problem der Wahrscheinlichkeit und sodann mit der Möglichkeit der Anwendung der Wahrscheinlichkeitstheorie im Recht befaßt.

(210) Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, in Karlsruher Forum, 1966, S. 3 ff

§ 6 I 4

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß derselbe Beweismaßstab in § 286 und § 287 ZPO auch dasselbe Beweisquantum fordert, wobei es sinnvoll erscheint, ein bestimmtes Mindestmaß festzulegen, unterhalb dessen die richterliche Überzeugung nicht einsetzen darf. Nicht möglich ist eine Modifizierung des Beweismaßes je nach bestimmten objektiven Kriterien, da dies letztlich eine Modifizierung des Beweismaßstabes mit sich brächte. Die - wenn auch nur subjektive - Wahrheit kann nicht einmal größer und einmal kleiner sein, weil Wahrheit - und die §§ 286, 287 fordern die Überzeugung von der Wahrheit - begrifflich ein mehr oder weniger ausschließt.

4. Das Verfahren der Überzeugungsgewinnung im
§ 287 Abs. 1 ZPO

Während in den vorhergehenden Ausführungen die Frage des Beweismaßstabes diskutiert wurde, eine Frage des § 287 Abs. 1 S. 1, geht es jetzt einzig und allein um die Frage des Verfahrens bei der nach § 287 zu gewinnenden Überzeugung, also um die Probleme des Abs. 1 S. 2 und 3 der Vorschrift.

Ehe hier eine Auseinandersetzung mit den oben unter § 5 wiedergegebenen Meinungen erfolgt, ist grundsätzlich festzustellen, daß § 287 Abs. 1 S. 2 ZPO dem Gericht nun tatsächlich Ermessen einräumt. Hinsichtlich des Verfahrens

§ 6 I 4

- nicht im Beweismaßstab - besteht also die Möglichkeit der Ermessensentscheidung und zwar in dem in § 287 Abs. 1 S. 2 und 3 vorgesehenen Rahmen.

Was nunmehr die einzelnen Meinungen anbelangt, ist folgendes auszuführen:

a) Die weiteren "Beweiserleichterungen" hinsichtlich der gerichtlichen Tätigkeit (oben § 5 III)

aa) Die Pflicht zur Beweiserhebung

Es ergibt sich aus der Vorschrift des § 287 Abs. 1 S. 2, daß das Gericht nach freiem Ermessen entscheiden kann, ob es angebotene Beweise erheben will oder nicht. Inwieweit hier und woran das Ermessen "gebunden" ist, ist Aufgabe der Darstellung der eigenen Lösung in der nachfolgenden Ziffer II.

bb) Die Begründung der Entscheidung

Auch zu diesem Problem folgt die eigentliche Stellungnahme in Ziff. II.

Eines erscheint jedoch hier schon wesentlich: Auch bei der Frage nach der Begründungspflicht ist zu unterscheiden, inwieweit die die Überzeugungsbildung tragenden

§ 6 I 4

Tatsachen und inwieweit die das Ermessen im Rahmen der Verfahrensentscheidungen tragenden Gründe darzulegen sind.

Zweifellos stellt § 287 ZPO an die Darlegungspflicht hinsichtlich der die Überzeugung leitenden Gründe geringere Anforderungen als § 286. Während nämlich in § 286 Abs. 1 S. 2 vorgeschrieben ist, daß im Urteil die Gründe anzugeben sind, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind, enthält § 287 eine solche Vorschrift nicht. Das ändert zwar - wie dargelegt - an dem Beweismaßstab nichts; andererseits ist jedoch der Richter über die allgemeinen Vorschriften hinaus nicht verpflichtet, seine die Überzeugung leitenden Gründe im Urteil darzulegen. Er hat also lediglich der Vorschrift des § 313 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO zu genügen, wonach die Entscheidungsgründe im Urteil enthalten sein müssen. Diese haben u.a. auch die Würdigung der Beweisaufnahme zu enthalten⁽²¹¹⁾.

Hinsichtlich der Darlegungspflicht bezüglich des ausgeübten Ermessens werden die Ausführungen unter Ziff. II zeigen, daß es nicht notwendig wäre, erst jedwede Begründungspflicht anscheinend hinwegzu-

⁽²¹¹⁾ vgl. Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., S. 296; Thomas-Putzo, ZPO, 8. Aufl., § 313 Anm. V B. 3

§ 6 I 4

wischen⁽²¹²⁾ und dann diese Meinung wieder mit viel Mühe zu modifizieren⁽²¹³⁾.

cc) Bindung an die Regeln der Beweislast?

Wenn die Verfahrenserleichterungen des § 287 ZPO einen Sinn haben sollen, dann müssen sie gleichzeitig eine Befreiung von der Bindung an die Beweislastregeln enthalten. Dies ergibt sich auch aus der Fassung und dem Inhalt des Absatz 1 Satz 2 der Vorschrift. Wenn es nämlich dem Ermessen des Gerichts überlassen bleibt, ob und inwieweit es eine beantragte Beweisaufnahme anordnet, dann kann dies nicht von der Beweislast abhängig gemacht werden.

Das bedeutet natürlich nicht, daß die Beweislast bei der Entscheidung nach § 287 ZPO völlig außer Betracht zu bleiben habe. Bleibt nämlich trotz Ausschöpfung der Möglichkeiten des § 287 ein non liquet bestehen, dann kann nur nach den Regeln der Beweislast entschieden werden. Zunächst einmal will aber § 287 dem Gericht eine Handhabe zu möglichst rascher Erledigung der Feststellung der Schadenshöhe geben, so daß die Bindung an die Beweislastregeln dem Ziel der Vorschrift widerspräche.

(212) BGHZ 3, 162 (175)

(213) BGHZ 6, 62 (63)

§ 6 I 4

dd) Ermittlung der der Schadensberechnung zugrundelegenden Tatsachen nach § 287?

Ein weiteres Problem ist die Frage der Anwendung des § 287 ZPO auf die der Schadensberechnung zugrundelegenden Tatsachen.

Die Ausführungen Klauser's⁽²¹⁴⁾ zu diesem Problem sind sehr aufschlußreich, gehen jedoch von dem Schätzungsbegriff aus, wonach "schätzen" ein minus gegenüber der Überzeugungsbildung ist.

Die Frage, ob die der Schadensberechnung zugrundelegenden Tatsachen nach § 287 ermittelt werden können, ist problemlos zu beantworten. Will man nicht die auf Prozeßoekonomie und Verfahrensvereinfachung abzielende Wirkung des § 287 leugnen, dann muß es selbstverständlich auch möglich und zulässig sein, im vorausgezeigten Sinne nach § 287 zu entscheiden.

Klauser sieht das Problem hauptsächlich bei den Berechnungsgrundlagen für den entgangenen Gewinn in § 252 BGB. Gerade hier zeigt sich aber wieder, daß der Grad der der Überzeugung zugrundelegenden Wahrscheinlichkeit von der materiell-rechtlichen Norm bestimmt wird, wobei dahinstehen mag,

(214) Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung, JZ 68, 167, Ziff. II.

§ 6 I 4

ob § 252 S. 2 BGB lediglich beweisrechtliche Bedeutung oder zudem Einschränkungstendenz⁽²¹⁵⁾ zukommt. § 252 BGB lautet im hier allein entscheidenden Passus:

"Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte."

Die materielle Anspruchsnorm erleichtert hier also schon die Überzeugungsbildung, weil sie für die Annahme des der gesetzlichen Vermutung zugrundezulegenden hypothetischen Verlaufs bloße Wahrscheinlichkeit genügen läßt. Mehr als die Rechtsfolgenseite der Anspruchsnorm kann natürlich das Verfahrensrecht vom Gericht auch nicht verlangen.

b) Erleichterungen für die Parteien (oben § 5 IV)

Es muß hier einmal herausgestellt werden, daß der Grund für die Einführung des § 287 ZPO nicht allein der war, dem Schadensersatzkläger irgendwelche Erleichterungen zu gewähren; vielmehr sollte dem Gericht aus Gründen der Prozeßbeschleunigung eine freie

(215) vgl. hierzu Soergel-Schmidt, BGB, 10. Aufl., §§ 249 - 253, Rn 44

§ 6 I 4

Stellung eingeräumt werden⁽²¹⁶⁾. Jedwede allenfalls daraus resultierenden Erleichterungen für den Schadensersatzkläger sind also mehr oder weniger "Abfallprodukte".

Nach den bisherigen Ausführungen vor allem zur Frage der Überzeugungsbildung erhellt von selbst, daß der Kläger kein Recht haben kann, den Tatsachenvortrag weniger substantiiert zu gestalten als bei sonstigen Klagen. Er kann also nicht etwa die die Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatz begründenden Tatsachen vortragen und unter Beweis stellen und dann einfach zur Schadenshöhe bemerken, das Gericht möge dies nun schätzen. Vielmehr hat er so viel Tatsachen vorzutragen, als er dazu im Stande ist. Ihm kommt lediglich dann, wenn dieser Vortrag und sein Beweisanerbieten den vollen Schadensersatz nicht in der von § 286 geforderten Weise nachzuweisen vermögen zugute, daß das Gericht im Verfahren nach § 287 Abs. 1 S. 2 und 3 ZPO die Schadenshöhe ermitteln kann und muß, so daß sein Schadensersatzanspruch nicht gleich abgewiesen werden kann. So muß hier das Gericht unter Umständen entgegen den Vorschriften der §§ 445, 448 ZPO, die ja eine Vernehmung der beweispflichtigen Partei immer nur unter bestimmten Voraussetzungen zulassen, den Kläger sogleich selbst über den Schaden vernehmen, eine Möglichkeit, von der die Gerichte viel mehr Gebrauch machen sollten.

(216) Hahn, Die gesamten Materialien, X. Die Ermittlung des Schadens, § 277

§ 6 I 4

Die Frage, ob der Kläger einen unbezifferten Antrag stellen dürfe oder nicht, ist keine Frage des § 287 ZPO, sondern einzig und allein des § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. Obschon es nicht Aufgabe dieser Abhandlung sein kann, sich mit der Auslegung der letztgenannten Vorschrift zu befassen, sei doch erlaubt, darauf hinzuweisen, daß § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO nicht einen bezifferten, sondern einen bestimmten Antrag verlangt. Insoweit sollten also nicht allzu hohe Anforderungen an die Bejahung der Frage der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Bezifferung gestellt werden. Dabei wird nicht übersehen, daß "bestimmter Antrag" bei Zahlungsklagen üblicherweise als "bezifferter Antrag"⁽²¹⁷⁾ oder als auf einen ziffernmäßig bestimmten Geldbetrag⁽²¹⁸⁾ lautender Antrag aufgefaßt wird. Die Nichtbezifferung des Antrages bei Klagen, bei denen das Gericht den Schaden nach § 287 ZPO zu ermitteln hat, wird dann als zulässige Ausnahme vom Bestimmtheitserfordernis angesehen⁽²¹⁹⁾. In Anbetracht der Tatsache, daß § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO einen bestimmten und nicht einen bezifferten Antrag fordert, erscheint der Umweg über die Ausnahme fast ent-

(217) Thomas-Putzo, ZPO, 8. Aufl., § 253, Anm. 2) d)

(218) Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., S. 500;
Grunsky, Grundlegendes Verfahrensrechts, S. 50

(219) Rosenberg-Schwab, wie (218), S. 502;
Grunsky, wie (218), S. 54, 55;
Thomas-Putzo, wie (217)

§ 6 I 4

behrlich. Hier ließe es sich vertreten, unter "Bestimmtheit" ziffernmäßig genaue Festlegung eben nur dann zu verstehen, wenn diese dem Kläger zugemutet werden kann, sonst die Bestimmtheit jedoch auf den übrigen Antragsinhalt zu beschränken.

Im übrigen resultiert die Unzumutbarkeit der Bezifferung meist aus der materiellrechtlichen Norm, so vor allem bei der Schmerzensgeldklage, wo ja das Gericht eine Billigkeitsentscheidung zu treffen hat. Hier kann der Kläger freilich nur die diese Billigkeitsentscheidung beeinflussenden Tatsachen vortragen und eventuell seine Vorstellung von der als billig anzuerkennenden Entschädigung. Es kann aber nicht von ihm verlangt werden, sozusagen in Vorwegnahme der Billigkeitsentscheidung des Gerichts selbst einen Betrag festzulegen und dann etwa noch ein oft nicht geringes Kostenrisiko auf sich zu nehmen.

II. Lösungsvorschläge

Bereits aus der in der vorstehenden Ziff. I vorgenommenen Auseinandersetzung mit den Meinungen in Rechtsprechung und Literatur läßt sich im wesentlichen die hier vertretene Auffassung erkennen, sodaß die nachfolgenden Ausführungen

§ 6 II 1

weitgehend den Charakter einer Zusammenfassung, allerdings mit nachdrücklichem Hinweis auf die wichtigen Besonderheiten des § 287 im Hinblick auf die Ermittlung der Schadenshöhe haben werden. Diese Zusammenfassung erscheint hier notwendig, da sonst die Darstellung wegen der folgenden Ausführungen zur Kausalitätsproblematik allzu sehr zerrissen würde.

1. Grundsätzliches

§ 287 ZPO ist eine Vorschrift im Rahmen des Beweisrechts. Sie gehört den Regeln über das Verfahren der Wahrheitsfindung durch das Gericht auf dem Wege zur Entscheidung durch Urteil an.

Die §§ 286 und 287 ZPO sind die Grundvorschriften, mit denen in die Zivilprozeßordnung die sogenannte freie Beweiswürdigung eingeführt worden ist. Dies war rechtsgeschichtlich gesehen ein enormer Schritt weg vom juridischen Wahrheitsbegriff. Die freie Beweiswürdigung sollte hinführen zur materiellen Wahrheit.

Die freie Beweiswürdigung erfährt jedoch nicht unerhebliche Schranken durch die Gestaltung des Verfahrens. Dabei werden zum einen wegen der Geltung des Verhandlungs- und Dispositionsgrundsatzes bestimmte Tatsachen unter bestimmten Voraussetzungen der Wahrheitsprüfung durch

§ 6 II 1

das Gericht überhaupt nicht zugeführt, zum ändern gelten für die Beweisaufnahme ganz bestimmte Regeln, vor allem besteht nach wie vor ein Beweismittelkatalog.

Das Wesen des § 287 ZPO, der sich mit der Beweiswürdigung und Wahrheitsfindung hinsichtlich des Schadens befaßt, liegt nun darin, daß er aus prozeßökonomischen Erwägungen heraus das Gericht teilweise von den Beweiserhebungsregeln befreit. Dies geschieht vor allem auf zweierlei Weise:

Das Gericht entscheidet nach freiem Ermessen, ob es eine beantragte Beweisaufnahme oder die Begutachtung durch Sachverständige anordnet. Das Gericht kann den Beweisführer über den Schaden vernehmen.

Indem das Gericht befugt ist, Beweisanträgen - die ja ohnehin meist von der beweisbelasteten Partei gestellt werden - nach freiem Ermessen nicht nachzukommen, ist es auch von der Beachtung der Beweislastregeln befreit.

Über die nach vorstehend aufgezeigten Verfahren ermittelte Schadenshöhe entscheidet dann das Gericht nach freier Überzeugung. Diese freie Überzeugung des Richters ist derselbe Maßstab wie der des § 286.

§ 6 II 2

2. Folgerungen für die praktische Anwendung

a) Die Verfahrensvereinfachungen und das freie Ermessen

Das Gericht kann nach freiem Ermessen eine beantragte Beweisaufnahme anordnen oder nicht und die Begutachtung durch Sachverständige von Amts wegen anordnen.

Hier erhebt sich zunächst die Frage, wann dies geschehen darf und ob dies etwa unter bestimmten Voraussetzungen geschehen muß, die Frage also nach der Art der Ermessensausübung. Es kann ja wohl nicht der Wille des Gesetzes sein, daß das Gericht von diesen Möglichkeiten nach Belieben oder gar willkürlich Gebrauch macht.

Das freie Ermessen ist dem Gericht - und das wurde oben schon begründet - allein aus prozeßökonomischen Gründen eingeräumt. Wenn erst einmal die Schadensersatzpflicht feststeht, dann soll nicht die Entscheidung über die Höhe des Schadens eine dem Rechtsstreit nicht dienliche ungebührliche Verzögerung mit sich bringen. Zu Recht stellt hier Prölss⁽²²⁰⁾ auf den Inhalt des Absatzes 2 des § 287 ab, der sowohl den prozeßökonomischen Charakter der Gesamtvorschrift be-

(220) Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, S. 51

§ 6 II 2

weist⁽²²¹⁾ als auch die Schranken des Ermessens aufzeigt. Nur bezieht Prölss m.E. im Widerspruch zum Inhalt des § 287 Abs. 1 seine Ausführungen auf das Ermessen, welches er an die Stelle der freien Überzeugung bei der Entscheidung setzt. Auch E. Schneider⁽²²²⁾ zielt hier in die hier vertretene Richtung, wenn er "die unverhältnismäßige Schwierigkeit oder Unmöglichkeit restloser Sachverhaltsaufklärung über den Wortlaut des § 287 Abs. 1 ZPO hinaus mit guten Gründen als ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ansehen" will.

Das Gericht kann also dann die Möglichkeiten des § 287 Abs. 1 S. 2 und 3 ZPO anwenden, wenn die Feststellung der Schadenshöhe im normaler Weise von der ZPO vorgesehenen Verfahren (§ 286) ersichtlich nicht restlos geklärt werden kann.

Dann muß aber auch das Gericht von diesen Möglichkeiten Gebrauch machen, da das in § 287 Abs. 1 ZPO enthaltene Gebot der Prozeßökonomie beachtet werden muß.

Wenn also das Gericht erkennt, daß die Feststellung der Schadenshöhe nicht nach § 286

(221) Eine Tatsache, die sich freilich auch schon unschwer aus den Materialien - vgl. Fußnote (216) - ergibt.

(222) Beweis und Beweiswürdigung, 2. Aufl. S. 47

§ 6 II 2

mit letzter Sicherheit möglich ist, dann kann und muß es sogleich zu den Mitteln des § 287 Abs. 1 greifen. Dabei ist es dem Gericht überlassen, wie es im einzelnen vorgeht. Je nach Gestaltung des Falles kann es also sogleich die Begutachtung durch Sachverständige anordnen oder aber den Beweisführer - eventuell eidlich (§§ 287 Abs. 1 S. 3 2. HS i.V. m. § 452 Abs. 1 S. 1) - einvernehmen. Gerade letztere Möglichkeit sollte z.B. immer dann zur Anwendung kommen, wenn die Grundlagen des Schadens vom Verhalten des oder von Umständen beim Geschädigten abhängen, so vor allem bei der Ermittlung der Grundlagen für die Berechnung des entgangenen Gewinns.

An die Regeln der Beweislast ist das Gericht nicht gebunden.

b) Die Entscheidung nach freier Überzeugung

Anhand des nach a) ermittelten Beweisergebnisses entscheidet sodann das Gericht über die Schadenshöhe nach freier Überzeugung. Dabei kann dies nur bedeuten, daß das Gericht unter Würdigung aller Umstände den Schadensbetrag wählt, der nach seiner eigenen Überzeugung dem wirklich entstandenen am nächsten kommt. Das ist weder Rechtsfolgen-

§ 6 II 2

bestimmung noch Ermessenausübung; als Schätzung kann dieser Vorgang nur dann begriffen werden, wenn Schätzung in dem dargestellten engen Sinn der genauen Wertermittlung, nicht jedoch als ein minus zur Überzeugung aufgefaßt wird.

c) Die Begründungspflicht im Urteil

aa) Die Begründungspflicht hinsichtlich des ausgeübten Ermessens

§ 287 selbst enthält keinerlei Vorschriften darüber, ob und inwieweit das gem. S. 2 und 3 ausgeübte Ermessen im Urteil zu begründen sei. Dies ist auch nicht nötig. Solange nicht eine besondere Begründungspflicht wie in § 286⁽²²³⁾ eingeführt ist, gilt § 313 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO, der vorschreibt, daß das Urteil die Entscheidungsgründe zu enthalten habe. Nachdem zu diesen Entscheidungsgründen auch die Beweiswürdigung gehört, hat der Richter natürlich hinsichtlich des Ermessens darzulegen, warum er und in welchem Rahmen er es ausgeübt hat. Dies muß sich aus seiner Entscheidung erkennen lassen,

(223) wo - wie oben dargelegt - der Gesetzgeber die Kontrolle der freien Beweiswürdigung besonders stark ausgestalten wollte

§ 6 II 2

damit evident wird, ob er ermessensfehlerhaft gehandelt hat oder nicht.

Würde die Rechtsprechung konsequent die Trennung zwischen der freien Überzeugung bei der Entscheidung i.S. des § 287 Abs. 1 S. 1 und dem freien Ermessen i.S. des § 287 Abs. 1 S. 2 und 3 vollzogen haben, bedürfte es nicht solcher "Klimmzüge" wie in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs im 6. Band S. 62.

bb) Die Begründungspflicht hinsichtlich der freien Überzeugung

Hinsichtlich der freien Überzeugung i.S. des § 287 Abs. 1 S. 1 gilt dasselbe. Nachdem auch hier eine besondere Darlegungspflicht entgegen § 286 Abs. 1 S. 2 nicht gefordert wird, richtet sich dieselbe allein nach § 313 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO. Dabei ist zu beachten, daß natürlich oft die die persönliche freie Überzeugung des Richters leitenden Gründe gar nicht dargelegt werden können, insoweit sie z.B. auf Eindrücken von der Persönlichkeit von Zeugen oder der einvernommenen beweisführenden Partei beruhen.

§ 6 II 2

d) Bezifferter oder unbezifferter Klageantrag?

Die Frage der Notwendigkeit der Bezifferung des Klageantrags ist nicht eine Frage des § 287 ZPO, sondern eine solche des § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. Allerdings wird in der Regel eine Bezifferung unzumutbar sein, wenn tatsächlich eine Schadensermittlung nach § 287 ZPO erfolgen muß. Ist das Gericht der Meinung, die Schadensermittlung könne nicht nach § 287 ZPO erfolgen, dann ist es gemäß § 139 Abs. 1 ZPO verpflichtet, auf die Stellung eines bezifferten Antrages hinzuwirken.

Im übrigen hat der Schadensersatzkläger den Sachvortrag so substantiiert zu gestalten, wie ihm dies möglich ist. Dies hat schon in seinem eigenen Interesse zu geschehen, da die Wahrheitsnähe der nach freier Überzeugung zu gewinnenden Entscheidung des Gerichts in höchstem Maße davon abhängt, wie viel und wie genau zur Schadenshöhe und zu deren Berechnungsgrundlagen vorgetragen ist.

§ 7 I

3. Teil

Die Frage nach der Anwendbarkeit des § 287 ZPO
auf die (haftungsausfüllende) Kausalität

§ 7 Meinungsentwicklung und Meinungsstand sowie kurze
Analyse der darzustellenden Rechtsprechung

I. Allgemeines

Solange es die Vorschrift des § 287 ZPO - früher
§ 260 CPO - gibt, wird von Rechtsprechung und Lite-
ratur praktisch einhellig die Meinung vertreten,
sie sei nicht nur auf die Schadenshöhe, sondern
auch auf die Frage des Kausalzusammenhanges an-
zuwenden⁽²²⁴⁾. Erst - und, soweit ersichtlich,

- (224) vgl. z.B. RGZ 6, 356 (357); RGZ 9, 416 (418);
RGZ 10, 64 (66); RGZ 19, 432 (436); RGZ 95, 103
(104); RGZ 98, 58 (59); RGZ 128, 121 (124);
RGZ 155, 37 (39); RGZ 159, 257 (259); RGZ 167,
14 (32); RGZ 168, 47 (48); BGHZ 4, 192 (196,197) =
NJW 52, 301 = LM § 287 Nr. 5, BGH LM § 287 Nr. 3 =
NJW 51, 405 Nr. 8, Nr. 9 = BGHZ 11, 227 = NJW
54, 718; Nr. 10 = NJW 58, 1579, Nr. 11, Nr. 12,
Nr. 14, Nr. 15;
Wassermeyer, Der prima facie Beweis und die be-
nachbarten Erscheinungen S. 71; Stein, ZPO, 13.
Aufl., § 287 Anm. I 2 c); Rosenberg-Schwab, Zivil-
prozeßrecht, 11. Aufl., S. 596, 597 (allerdings
mit Einschränkungen) und (noch mehr einschränkend)
12. Aufl., S. 564; Thomas-Putzo, ZPO, 8. Aufl.,
§ 287, Anm. 1 c); Baumbach-Lauterbach-Albers-
Hartmann, ZPO, 31. Aufl., § 287 Anm. 2) A. a);
Staudinger, BGB, 9. Aufl., Vorbem. zu § 249 IV
5; Hainmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahr-
lässigkeitstat im heutigen deutschen Schadens-
ersatzprozeß, Band 1 S. 146, 147; Klauser, Möglich-
keit und Grenze richterlicher Schadensschätzung,
JZ 68, 167; Henckel, Grenzen richterlicher
Schadensschätzung - BGH NJW 1973, 1283, JuS 75, 221
(222); Werner, Die Beweiswürdigung im Schadens-
ersatzprozeß nach § 287 ZPO, S. 38, 153; ein-
schränkend Stoll, Haftungsverlagerung durch be-
weisrechtliche Mittel, AcP 176, 145 ff.

§ 7 I

allein - Prölss⁽²²⁵⁾ vertritt die Ansicht, daß auch der haftungsausfüllende Kausalzusammenhang nicht nach § 287 ZPO beurteilt werden dürfe. Dies begründet er zunächst und vor allem damit, daß nach seiner Meinung der Richter den Schaden gemäß § 287 ZPO schätzen dürfe, um nicht den Schadensersatzanspruch nur wegen seiner quantitativen Unbestimmtheit abweisen zu müssen, daß es jedoch bei der Feststellung des Kausalzusammenhangs zwischen Unfall und Schaden nicht um die Quantitätsfrage, sondern darum gehe, ob überhaupt ein derartiger Kausalzusammenhang vorliege oder nicht⁽²²⁶⁾. Wenn der Richter im Rahmen des § 287 ZPO seine Feststellungen ex aequo et bono mehr oder weniger "aufs Geratewohl" treffe, dann könne dies nur berechtigt sein, soweit es um die genaue Bestimmung der Schadenshöhe innerhalb eines gewissen Spielraums, nicht aber um das "Entweder - Oder" eines Kausalzusammenhanges gehe⁽²²⁷⁾. Im übrigen würden sich gegen die h.M. auch materiellrechtliche Bedenken erheben: Das materielle Recht fordere zumindest ein Wahrscheinlichkeitsurteil darüber, ob der Kläger ohne den Unfall einen Schaden erlitten habe; wenn es an einer entsprechenden Lebenserfahrung fehle, dann müsse der Richter materiell-rechtlich

(225) Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, S. 58

(226) wie (225) S. 55, 56

(227) wie (226) S. 56

§ 7 I

das Bestehen eines Kausalzusammenhanges verneinen. Die freie Beweiswürdigung könne niemals zu einer Abschwächung der vom materiellen Recht her an das Vorliegen eines Kausalzusammenhanges zu stellenden Anforderungen führen⁽²²⁸⁾. Hinzu komme, daß ein Schaden nur dann zugerechnet werden könne, wenn er adaequat verursacht worden sei; könne aber selbst nachträglich im Prozeß ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Schaden mangels einer entsprechenden Lebenserfahrung nicht nach § 286 ZPO geschätzt werden, so sei er von vorneherein als außerhalb der Lebenserfahrung liegend inadäquat⁽²²⁹⁾.

Vor allem gegen letztgenanntes Argument Prölss' wendet sich Arens⁽²³⁰⁾ mit der Bemerkung, die Anwendung des § 287 oder des § 286 betreffe die Feststellung eines Kausalzusammenhanges, die Anwendung der Adaequanzformel sei eine Wertung des festgestellten Zusammenhangs dahin, ob seine Folgen dem Verursacher zugerechnet werden können. Ohne der Beurteilung der Richtigkeit der Auffassung Prölss' zu § 287 ZPO im Hinblick auf dessen Anwendbarkeit auf die Kausalität vorzugreifen zu wollen, sei hier angemerkt, daß Prölss die sehr wohl zutreffende grundsätzliche Unterscheidung, die ihm Arens entgegenhält, nicht

(228) wie (225) S. 57

(229) wie (225) S. 57, 58

(230) Arens, Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung in ZZP, Bd. 88 S. 1 ff, 5, 6

§ 7 II

verkannt hat. Er will offensichtlich nur darlegen, daß ein lediglich nach § 287 ZPO festgestellter Kausalzusammenhang bei der Zurechenbarkeitswertung von vorneherein als inadäquat auszuscheiden habe, weil er von der Lebenserfahrung nicht genügend gedeckt sei.

II. Rechtsprechung

Nach dieser allgemeinen Betrachtung erscheint es zur Erhellung der Problematik angebracht, auf die Entwicklung der Rechtsprechung und sodann auf den Meinungsstand der Literatur etwas genauer einzugehen.

Die Zahl der zu § 287 ZPO ergangenen Entscheidungen ist geradezu unübersehbar. Freilich würde es nur die Übersichtlichkeit und Durchschaubarkeit dieser Betrachtung beeinträchtigen, wollte man allzu viele Entscheidungen darstellen. Es soll sich daher die Betrachtung der Entscheidungen auf solche beschränken, die zum Verständnis der Entwicklung und zur Darstellung bestimmter Fallgestaltungen notwendig und sinnvoll erscheinen. Dabei werden diese Entscheidungen jedoch bewußt ausführlicher als sonst üblich dargestellt, weil dies zum Erkennen der Problematik wohl notwendig ist. Andererseits werden sie ebenso bewußt nicht in

§ 7 II 1

eine bestimmte Systematik hineingezwängt, um zunächst einmal die Entscheidungen als solche wirken zu lassen. In der sich an die reine Entscheidungsbetrachtung anschließenden Analyse der Entscheidungen wird dann aufgezeigt, welche Fallgestaltungen im einzelnen von den Entscheidungen behandelt werden.

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Wenden wir uns zunächst der Rechtsprechung des Reichsgerichts, vor allem auch dessen früheren Entscheidungen, zu, da ja gerade aus jenen ersichtlich wird, wie kurz nach Einführung des § 287 ZPO (damals noch § 260 CPO) diese Vorschrift höchststrichterlich verstanden wurde.

- a) In seiner Entscheidung vom 24. 2. 1882⁽²³¹⁾ hat das Reichsgericht ganz klar - und, soweit ersichtlich, erstmals - ausgesprochen, § 260 CPO erkläre den Richter befugt, nicht bloß über die Höhe des Schadens, sondern auch über die Frage, ob ein Schaden entstanden sei, unter Würdigung aller Umstände zu entscheiden. Diese freie Würdigung erstreckte sich insbesondere auch auf die Frage des Kausalzusammenhanges.

(231) RGZ 6, 356

§ 7 II 1

Dieser Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, wonach die Klägerin gegen den Beklagten auf Entschädigung wegen widerrechtlichen Gebrauchs ihres Warenzeichens klagte, wobei in zwei Instanzen der widerrechtliche Gebrauch des Warenzeichens anerkannt, jedoch der Anspruch auf Schadensersatz abgewiesen worden war. Das Reichsgericht meinte nun, wenn schon - wie das Oberlandesgericht Hamburg festgestellt hatte - der Beklagte Gewinn daraus gezogen habe, daß seine Abnehmer die Marke der Klägerin kannten und suchten, und wenn er in dieser Weise über 25.000 Flaschen abgesetzt habe, so werde man sich wohl der Überzeugung nicht verschließen können, daß mit diesem Gewinne auch irgendein Schaden für die Klägerin verbunden sein müsse⁽²³²⁾.

- b) Auch in der Entscheidung vom 8. Januar 1883⁽²³³⁾, deren Sachverhalt darzustellen nicht lohnt, betont das Reichsgericht wieder sehr deutlich, daß der Richter nach der Vorschrift des § 260 CPO, wenn es zwischen den Parteien streitig sei, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch derselbe sich belaufe, hierüber unter Würdigung aller Umstände lediglich nach freier Überzeugung zu entscheiden habe, was sich insbesondere auch auf die Frage des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der rechtswidrigen Handlung

(232) a.a.O., wie (231), S. 357 unten, 358

(233) RGZ 9, 416

§ 7 II 1

und dem Schaden beziehe. Das Gesetz gehe davon aus, daß in den meisten Fällen ein strenger Beweis, daß und welcher Schaden entstanden sei, absolut unmöglich sei, daß daher der widerrechtlich Handelnde in ungerechtfertigter Weise auf Kosten des Verletzten begünstigt werden würde, wenn man einen solchen strengen Beweis von diesem verlangen wollte⁽²³⁴⁾.

- c) Der Entscheidung des Reichsgerichts vom 6. November 1883⁽²³⁵⁾ lag folgender Sachverhalt zugrunde:

K. war am 15. September 1880 im Steinbruch des S. beschäftigt, unter Beihilfe anderer Arbeiter einen großen Stein aus seiner Lage zu entfernen. Infolge des Umstandes, daß der Stein wegen eines in demselben befindlichen Stiches (Sprung) in vertikaler Richtung sich in zwei Teile spaltete, fiel ein schweres Stück des Steines auf K. und verursachte dessen Tod. Die Witwe des K. klagte auf Entschädigung. Die Klage wurde in erster Instanz abgewiesen, in zweiter Instanz jedoch für begründet erachtet.

Das Berufungsgericht hatte zunächst festgestellt, daß die Versäumung einer Untersuchung des Steines ein nach den einschlägigen Vorschriften zu vertretendes Verschulden darstelle.

(234) a.a.O. (233) S. 418

(235) RGZ 10, 64

§ 7 11 1

Es hatte sodann erklärt, daß eine gehörige Untersuchung des Steines der Regel nach zur Entdeckung des Stiches, welcher den Unfall veranlaßt hatte, geführt und somit den Unfall verhütet hätte, weshalb der Kausalzusammenhang solange anzunehmen sei, bis im Wege des Gegenbeweises ein Ausnahmefall dargetan sei⁽²³⁶⁾.

Das Reichsgericht würdigt dann die von ihm für richtig erachtete Beweiswürdigung des Berufungsgerichts im Rahmen des § 260 CPO. Wie schon der Wortlaut ergebe, übrigens in den Motiven zu § 250 des Entwurfes der Zivilprozeßordnung ausdrücklich ausgesprochen sei, erstrecke sich dieses freie Ermessen namentlich auch auf die Frage des Kausalzusammenhanges zwischen Schaden und Verschulden⁽²³⁷⁾. Es könne demnach keine Rechtsverletzung darin gefunden werden, wenn der Richter erkläre, er nehme zwar nur als erwiesen an, daß nach dem gewöhnlichen Gang der Dinge (der Regel nach) der Schaden nicht eingetreten sein würde, wenn das in Frage stehende Verschulden nicht stattgefunden hätte, erachte aber danach den Kausalzusammenhang für gegeben, solange nicht ein Ausnahmefall erwiesen sei; er mache hiermit nur von dem ihm zustehenden Ermessen Gebrauch in gleicher Weise wie im Falle, wenn er auf bloße Wahrscheinlichkeitsgründe hin die Höhe

(236) a.a.O. wie (235) S. 64, 65

(237) a.a.O. wie (235) S. 65

§ 7 II 1

des Schadens festsetze. Ein Rechtsgrundsatz des Inhalts, daß der Richter den Kausalzusammenhang nur annehmen dürfe, wenn er die Überzeugung habe und feststelle, daß der Schaden die notwendige, jede andere Möglichkeit ausschließende Form des Verschuldens gewesen sei, sei nicht anzuerkennen, jedenfalls nicht dem § 260 CPO gegenüber. Ein solcher Rechtssatz würde nämlich zur Folge haben, daß bei Versäumung von Vorsichtsmaßregeln, die nur relativen Schutz gewährten und nicht geeignet seien, gewisse Unfälle gänzlich auszuschließen, sondern nur der Regel nach ihr Eintreten zu verhindern, es geradezu unmöglich sein würde, den Beweis des Kausalzusammenhangs zu führen; in derartigen Fällen lasse sich nachträglich nie mit voller Sicherheit bestimmen, was eingetreten sein würde, wenn die Vorsichtsmaßregel befolgt worden wäre mit der Folge, daß derjenige, welcher durch sein Verschulden den Beschädigten in die schlimme Lage versetzt habe, einen strengen Beweis des Kausalzusammenhangs nicht führen zu können, diese Lage zu seinem Vorteile ausbeuten und die Verantwortlichkeit für seine widerrechtliche Handlung mit dem einfachen Hinweis, der Unfall hätte sich trotz Beachtung der Vorsichtsmaßregeln ereignen können, ablehnen könnte. Solche Übelstände zu verhüten, sei eben der Zweck des § 260 CPO⁽²³⁸⁾.

(238) a.a.O. wie (235) S. 65, 66

§ 7 II 1

- d) In derselben Richtung hat sich das Reichsgericht in der Entscheidung vom 4. März 1919⁽²³⁹⁾ festgelegt.

Der Sachverhalt war kurz folgender:

Der Kläger, ein Postverwalter im Dienste des Beklagten Deutschen Reiches, hatte vom 1. 12. 1902 bis zum 30. 9. 1905 eine Dienstwohnung inne. Er machte geltend, diese Wohnung sei, weil falsch und zu schnell gebaut sowie zu früh bezogen, feucht und kalt gewesen. Infolge dieser vom Beklagten zu vertretenden Mängel habe er sich selbst einen Gelenkrheumatismus und ein Herzleiden zugezogen, während seine im Laufe des Prozesses verstorbene Frau lungenleidend geworden sei. Er machte Schadensersatzansprüche geltend.

In erster und zweiter Instanz war der Kläger unterlegen. Auf seine Revision hin hat das Reichsgericht das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

In den Entscheidungsgründen führt das Reichsgericht aus, die Begründung des Berufungsurteils sei, auch im Rahmen des § 287 ZPO, nicht haltbar, weil sie erkennen lasse, daß das Berufungsgericht

(239) RGZ 95, 103

§ 7 II 1

die Darlegungs- und Beweislast des Klägers bezüglich des ursächlichen Zusammenhangs überspannt habe. Wenn Mängel vorgelegen hätten, die nach dem natürlichen Verlauf der Dinge Krankheiten der fraglichen Art hervorzurufen oder in ihrer Entwicklung zu fördern geeignet seien, dann bedürfe es, wenn der ursächliche Zusammenhang verneint werden solle, der Feststellung besonderer durch den Ersatzpflichtigen nachzuweisender Umstände, die nicht nur selbst Krankheitsursache sein können, sondern auch jene Mängel als Ursache oder Mitursache ausschließen⁽²⁴⁰⁾.

- e) Noch im selben Band⁽²⁴¹⁾ hat das Reichsgericht dann seine Entscheidung vom 10. 4. 1919 veröffentlicht, wobei allerdings der Sachverhalt nicht wiedergegeben ist. Es setzt sich lediglich mit der Frage auseinander, inwieferne für die Feststellung des ursächlichen Zusammenhangs einer Handlung oder Unterlassung mit einem Schaden die hohe Wahrscheinlichkeit die Gewißheit ersetze.

In dieser Entscheidung, in der allerdings nicht zum Ausdruck kommt, ob die Feststellung des ursächlichen Zusammenhangs einer Handlung oder Unterlassung mit einem eingetretenen Schadenserfolg unter § 287 ZPO fällt, die jedoch deshalb

(240) a.a.O. S. 104

(241) RCZ 95, 249

§ 7 II 1

erwähnenswert ist, weil sie in der sogleich darzustellenden Entscheidung vom 19.1.1920⁽²⁴²⁾ ausdrücklich in Bezug genommen wird, geht das Reichsgericht davon aus, daß die Feststellung einer Wahrscheinlichkeit, auch einer hohen Wahrscheinlichkeit, für einen ursächlichen Zusammenhang zwischen einer Handlung oder Unterlassung und einem eingetretenen schädlichen Erfolg nicht die richterliche Feststellung dieses Ursachenzusammenhangs selbst darstellen oder ersetzen könne. Sie könne nur Grundlage für die Gewinnung der richterlichen Überzeugung sein. Die Überzeugung selbst müsse im Urteil des Richters zum Ausdruck gelangen. Solle eine Person für einen durch ihre Handlung einer anderen zugefügten Schaden verantwortlich gemacht werden, so sei die Feststellung unerläßlich, daß der Schaden auch wirklich durch diese Handlung verursacht worden sei; die bloße Wahrscheinlichkeit einer Schadenszufügung sei kein zum Schadensersatz verpflichtender Tatbestand⁽²⁴³⁾.

- f) In der Entscheidung vom 19. 1. 1920⁽²⁴⁴⁾ hatte das Reichsgericht über folgenden Sachverhalt zu befinden:

Am 13. November 1910 fand auf einem Rittergut eine Treibjagd statt, an der der Beklagte als

(242) RGZ 98, 58

(243) a.a.O. (241), S. 249 f

(244) wie (242)

§ 7 II 1

Jagdgast teilgenommen hatte. Gegen Schluß des Treibens waren die Treiber, unter ihnen der Kläger, in einer übermannshohen Sonnenblumendichtung. Die Jäger, darunter der Beklagte, waren von dieser Dichtung ca. 25 m entfernt. Sie schossen noch. Dabei traf ein Schrotkorn den Kläger ins rechte Auge. Er behauptet, der verletzende Schuß sei vom Beklagten grobfahrlässig abgegeben worden.

Für die hiesige Betrachtung interessieren nur die Ausführungen des Reichsgerichts zur Frage einer Haftung des Beklagten aus § 823 Abs. 1 BGB (das Reichsgericht hat nämlich das der Klage dem Grunde nach stattgebende Urteil des Berufungsgerichts wegen Haftung des Beklagten aus § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB bestätigt).

Insoferne das Berufungsgericht den Beklagten für die Verletzung des Klägers nach § 823 Abs. 1 BGB verantwortlich machen wolle, fehle es sowohl an einer prozeßgerechten wie auch an einer sachlich einwandfreien Feststellung, daß gerade der Beklagte der Täter des verletzenden Schusses gewesen sei. Prozeßwidrig sei es zunächst, wenn das Berufungsgericht die Frage des ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Schuß und der Verletzung des Klägers aus der nach § 287 ZPO geschöpften freien Überzeugung bejahen zu dürfen glaube. Nach § 287 dürfe nur verfahren werden,

§ 7 II 1

um den ursächlichen Zusammenhang des Schadens mit dem schädigenden Ereignis zu ermitteln, wenn also festzustellen gewesen wäre, ob infolge der Schußverletzung eine Schädigung des Klägers verursacht worden sei. Die Feststellung jedoch, ob der Beklagte überhaupt den Kläger durch den Schuß fahrlässig verletzt habe, dürfe nur nach Maßgabe des § 286 getroffen werden, weil es sich hier um den Tatbestand der unerlaubten Handlung selber handle.

- g) Trotz der vorzitierten Entscheidung und teilweise auch noch unter Berufung auf dieselbe wird in zwei weiteren grundsätzlichen Entscheidungen des Reichsgerichts festgestellt, es sei einhellige Meinung und feststehende Rechtsprechung, daß die Frage des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Unfall und Schaden unter die Vorschrift des § 287 ZPO falle.

In seiner Entscheidung vom 26. April 1937⁽²⁴⁵⁾ hatte sich das Reichsgericht u.a. damit zu beschäftigen, ob die Beurteilung der Frage, ob ein ursächlicher Zusammenhang zwischen einer unerlaubten Handlung und einem Schaden besteht, unter die Vorschrift des § 287 ZPO falle.

Zum besseren Verständnis sei angemerkt, daß es hierbei u.a. auch darum ging, ob bei der

(245) RGZ 155, 37

§ 7 II 1

Klägerin noch vorhandene krankhafte Störungen auf den Unfall zurückzuführen seien. Das Reichsgericht führt dann unter Berufung auf RGZ 98, 59 und Stein-Jonas, ZPO I 2 c zu § 287 aus, es sei einhellige Meinung, daß die Frage des ursächlichen Zusammenhangs unter die Vorschrift des § 287 ZPO falle.

Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 30. November 1938⁽²⁴⁶⁾ befaßte sich mit einem Fall, bei dem der Kläger als Straßenbahnfahrgast infolge eines Zusammenstoßes der Straßenbahn mit einem Lastzug verletzt wurde. Nachdem die körperlichen Schäden verheilt waren, blieb der Kläger auf Grund einer starken Neurose arbeitsunfähig. Das Berufungsgericht hat die daraufhin vom Kläger erhobenen Schadensersatzansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Die Revision warf dem Berufungsgericht vor, es hätte nicht hinreichend beachtet, daß den Kläger die Beweislast auch dafür treffe, daß seine Neurose eine von der Beklagten zu vertretende Unfallfolge sei.

Demgegenüber führt das Reichsgericht aus, nach feststehender Rechtsprechung falle die Frage des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Unfall und Schaden unter § 287 ZPO und diese Vorschrift sei von einer Beweislast unabhängig, wobei auf RGZ 155, 37 (39) verwiesen wird.

(246) RGZ 159, 257

§ 7 II 1

Die Frage der Beweislast sei auch schon deshalb gegenstandslos, weil das Berufungsgericht ausdrücklich Feststellungen treffe. Deshalb sei es auch kein Regelverstoß, wenn das Berufungsgericht nach der anderen Seite hin ausführe, irgendwelche Unterlagen für die Annahme, daß die Ursache der Neurose in der Konstitution des Klägers liege, seien nicht gegeben und es lasse sich insbesondere nicht feststellen, daß der Kläger auf Grund einer krankhaften Anlage auch ohne den Unfall dem selben Leiden verfallen sein würde⁽²⁴⁷⁾.

- h) Das Urteil des Reichsgerichts vom 28. März 1930⁽²⁴⁸⁾ befaßt sich mit der Beweismwürdigung in Arztprozessen. Eine Frau erlitt am 1. Juni 1926 beim Turnen einen Unfall. Ein sofort beigezogener Arzt stellte einen Bluterguß im rechten Knie fest. Tags darauf übernahm der beklagte Arzt die weitere Behandlung der Klägerin. Auch er stellte den Bluterguß fest, nahm eine Verstauchung an und behandelte die Klägerin demgemäß; eine Röntgenuntersuchung hat er weder vorgenommen noch veranlaßt. Erst am 1. November 1926 wurde im Krankenhaus geröntgt. Es stellte sich heraus, daß der Kopf des Schienbeins gebrochen und der Bruch unter Knorpelbildung und Deformierung des Beines geheilt war. Die daraufhin im Krankenhaus durchgeführte Operation bewirkte ein andauerndes Steifwerden des Beines.

(247) a.a.O. wie (246) S. 239

(248) RGZ 128, 121

§ 7 I: 1

Das Reichsgericht billigt in seinen Entscheidungsgründen, in welchen klar festgestellt wird, daß auch hier auf die Frage des ursächlichen Zusammenhanges § 287 ZPO Anwendung finde⁽²⁴⁹⁾, dem Berufungsgericht, welches Schadensersatz nicht zugesprochen hat, zu, im Rahmen dieser Beurteilung nicht falsch vorgegangen zu sein. Das Berufungsgericht war im wesentlichen davon ausgegangen, die Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit, daß trotz gelungener sofortiger Operation später Komplikationen eingetreten wären und infolge dieser Komplikationen das Knie versteift wäre, sei so groß, daß nicht gesagt werden könne, das Knie wäre wahrscheinlich beweglich geblieben. Somit könne es nicht als erwiesen gelten, daß der Klägerin die Beweglichkeit des Beines erhalten geblieben wäre, wenn unmittelbar nach dem Unfall eine Röntgenaufnahme stattgefunden hätte und die später vorgenommene Operation alsbald vorgenommen worden wäre.

- i) Schließlich sei noch - vor allem im Hinblick auf eine später zu betrachtende Entscheidung des Bundesgerichtshofs - die Entscheidung des Reichsgerichts vom 13. November 1941⁽²⁵⁰⁾ dargestellt:

An einem Februartag des Jahres 1939 kam der Lkw des Klägers auf einer vereisten Straßenstelle

(249) a.a.O. (248) S. 124

(250) RCZ 168, 47

§ 7 II 1

ins Rutschen und stieß mit dem Vorderteil gegen einen am linken Straßenrand stehenden Baum, wo er beschädigt wurde. Fahrer und Beifahrer des Wagens schoben diesen auf die rechte Fahrbahnseite, von wo er abgeschleppt werden sollte. Einige Stunden später kam der Kraftomnibus der Beklagten Deutschen Reichspost bei dem Versuch, an dem abgestellten klägerischen Lkw vorbeizufahren, infolge des Glatteises ebenfalls ins Rutschen und geriet mit seiner rechten Seite gegen den hinteren Teil des Lkw's, schob diesen schräg vorwärts auf den Gehsteig, wo er mit dem rechten Vorderteil gegen einen Betonpfeiler der dort vorhandenen Garteneinfriedung gedrückt wurde.

Der Kläger hat behauptet, durch den Anstoß an den Baum sei sein Lieferwagen nur so geringfügig beschädigt worden, daß er mit einem Kostenaufwand von kaum 60 RM innerhalb weniger Stunden hätte instandgesetzt werden können. Erst durch das Auffahren des Postomnibusses sei ein so schwerer Schaden entstanden, daß die Wiederherstellung des Lkw's wirtschaftlich nicht möglich gewesen sei und er nur noch einen Schrottwert von 250,- RM gehabt habe.

Demgegenüber machten die Beklagten - die Reichspost und der Fahrer - geltend, die Beschädigungen am Lkw seien im wesentlichen schon durch das Auffahren auf den Baum entstanden.

§ 7 II 2

Während das Landgericht der Klage stattgab, hat sie das Berufungsgericht voll abgewiesen. Das Reichsgericht hat aufgehoben und zurückverwiesen.

In seinen Gründen führt das Reichsgericht aus, das Berufungsgericht habe die ihm durch § 287 ZPO eingeräumte Stellung verkannt. Nach einheitlicher Meinung und feststehender Rechtsprechung falle die Frage des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Unfall und Schaden unter die Vorschrift des § 287 ZPO. Die Abweisung der Klage mit der Begründung, der Kläger habe nicht bewiesen und könne nicht beweisen, daß der von ihm behauptete Schaden lediglich oder wenigstens in erheblichem Maße durch den Anstoß des Postomnibusses verursacht worden sei, sei rechtsirrig.

Die Darstellung der aufgezeigten Entscheidungen des Reichsgerichts soll zunächst einmal genügen für die Betrachtung der Entwicklung der Rechtsprechung dieses Gerichts zur Frage der Anwendung des § 287 ZPO auf die Kausalität.

2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Auch von den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs sollen nur einige für die Beurteilung seiner

§ 7 II 2

Rechtsprechung bedeutsame dargestellt werden.

- a) In einer sehr frühen Entscheidung vom 1. März 1951⁽²⁵¹⁾ schließt sich der 3. Zivilsenat ausdrücklich der "ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 287 ZPO" an. Die Regelung des § 287 ZPO gelte, wie sich ohne weiteres aus seinem Wortlaut ergebe, nicht nur für die Höhe des Schadens, sondern auch für den Ursachenzusammenhang zwischen Unfall und Schaden.
- b) Weniger vom Sachverhalt als vielmehr von den Erwägungen in den Entscheidungsgründen her erscheint das Urteil des 4. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 13. 12. 1951⁽²⁵²⁾ hochinteressant, kann es doch als Grundlage der dann so häufig gebrauchten Begriffsalternative "haftungsbegründende" und "haftungsausfüllende" Kausalität angesehen werden. Der Bundesgerichtshof führte in dieser Entscheidung im wesentlichen aus, die Verpflichtung zum Schadensersatz beruhe in tatsächlicher Hinsicht darauf, daß ein bestimmtes Ereignis, durch das der Ersatzbegehrende getroffen worden ist, das schadensstiftende Ereignis, zu einem Schaden geführt habe. Ob ein solches Ereignis den Ersatzbegehrenden betroffen habe, sei nach § 286 ZPO zu beweisen.
-

(251) BGH LM § 287 ZPO Nr. 3 = NJW 51, 405

(252) BGHZ 4, 192 = NJW 52, 301 = LM § 287 Nr. 5

§ 7 II 2

Daß dieses Ereignis einen Schaden verursacht habe, der Kausalzusammenhang zwischen schadensstiftendem Ereignis und Schaden sei nach der ständigen Rechtsprechung der Gerichte nach § 287 ZPO festzustellen. Ein bestimmtes historisches Geschehen, das zu einem Schaden führe, bestehe aus einer mehr oder weniger großen Zahl verschiedener Entschlüsse, Handlungen und Ereignisse, die schließlich den Schaden bewirkten. Diese einzelnen Entschlüsse, Handlungen und Ereignisse bildeten insgesamt und auf das Gesetz bezogen den konkreten Haftungsgrund. Für das Entstehen einer Schadensersatzpflicht müsse ein Kausalzusammenhang im Rechtssinne zwischen den den konkreten Haftungsgrund bildenden Entschlüssen, Handlungen und Ereignissen bestehen und weiter zwischen dem konkreten Haftungsgrund als solchem und dem Schaden. Nur insoweit die Kausalbeziehung zwischen dem konkreten Haftungsgrund und dem Schaden in Frage stehe, sei § 287 ZPO anzuwenden. Stehe fest, daß eine Person einen Schaden erlitten habe, dann müsse sie auch von einem schadenstiftenden Ereignis betroffen sein. Bestehe die Möglichkeit, daß sie von dem einen oder einem anderen Ereignis betroffen sei, dann könne nicht nach § 287 ZPO geschätzt werden, von welchem dieser Ereignisse sie wirklich betroffen sei. Dieser Beweis müsse nach § 286 ZPO geführt werden, weil er die Feststellung des konkreten Haftungsgrundes betreffe⁽²⁵³⁾.

(253) a.a.O. wie (252) S. 196, 197

§ 7 II 2

- c) In seinem Urteil vom 27. Juni 1963⁽²⁵⁴⁾ hatte sich der 3. Zivilsenat mit einem Unfall eines Schülers zu befassen, den dieser beim Turnunterricht im Rahmen einer Übung am Schwebebalken erlitten hatte. Es war nicht endgültig zu klären, ob der Unfall infolge zu starker Glätte des Parkettbodens oder durch einen Fehltritt des Schülers verursacht worden war. Durch den Unfall wurde der Schüler am Ellenbogen verletzt und zwar so schwer, daß Dauerfolgen blieben. Der Schüler klagte gegen den Schulträger aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung. Die Klage wurde durch drei Instanzen abgewiesen.

Der Bundesgerichtshof führte hier im wesentlichen aus, die Frage, ob ein schadenstiftendes Ereignis jemanden betroffen habe, beziehe sich auf den konkreten Haftungsgrund und sei nach § 286 ZPO zu entscheiden im Gegensatz zu der gedanklich später liegenden Frage, welche Schäden im einzelnen das Schadensereignis verursacht habe. Nur in der letztgenannten Frage sei - so der Bundesgerichtshof unter Berufung auf die soeben dargestellte Entscheidung -⁽²⁵⁵⁾ dem Richter eine freiere Beurteilung auf Grund des § 287 ZPO möglich. Kämen zwei Geschehnisse nebeneinander als Schadenereignis in Betracht, bestehe also die Möglichkeit, daß der Geschädigte von dem einen oder dem anderen

(254) BGH, NJW 1963, 1828

(255) siehe (253)

§ 7 II 2

Ereignis betroffen sei, dann könne nicht nach § 287 ZPO geschätzt werden, welches Ereignis den Geschädigten betroffen habe; diese Frage gelte vielmehr der Feststellung des konkreten Haftungsgrundes, die nach § 286 ZPO zu erfolgen habe⁽²⁵⁶⁾.

- d) In diesem Zusammenhang interessiert die Entscheidung des 3. Zivilsenats beim Bundesgerichtshof vom 14. Dezember 1953⁽²⁵⁷⁾.

Diese Entscheidung des Bundesgerichtshof hatte sich mit einem Fall zu befassen, wo bei einer Frau plötzlich eine Lueserkrankung festgestellt worden war. Die Frau hatte Jahre vorher eine Bluttransfusion erhalten. Das seinerzeit übertragene Blut war einem Mann entnommen, der an Lues III. Stadiums litt.

Das Berufungsgericht hatte die Klage abgewiesen, weil zum einen nicht einmal ganz sicher sei, ob die Frau jemals an Lues erkrankt gewesen sei; dies unterstellt, sei nicht nachgewiesen, daß die Bluttransfusion die Ursache der Luesinfektion gewesen sei, weil bei einem Syphilitiker III. Grades eine Ansteckung auch bei einer Bluttransfusion unwahrscheinlich sei und weil die typischen Symptome einer Transfusionslues gefehlt hätten. Die Möglichkeit einer anderweitigen Infektion

(256) a.a.O. wie (254) S. 1829

(257) BGHZ 11, 227 = NJW 54, 718 = LM § 287 Nr. 9

§ 7 II 2

sei daher nicht auszuschließen. Der Bundesgerichtshof wirft dem Berufungsgericht vor, es habe die Grundsätze für den Beweis des ersten Anscheins verkannt. Es spreche nämlich der Beweis des ersten Anscheins für eine Infektion durch die Bluttransfusion, auch wenn diese Art der Infektion bei einem Luetiker III. Grades selten vorkommen möge. Solange nämlich als einzige Möglichkeit einerluetischen Infektion nur die Bluttransfusion feststellbar sei und im übrigen keine substantiierten Behauptungen und noch weniger Feststellungen hinsichtlich der Möglichkeiten einer anderweitenluetischen Infektion vorlägen, spreche der Beweis des ersten Anscheins für die Infektion durch die Bluttransfusion⁽²⁵⁸⁾.

- e) Einen dem vorausgezeigten Fall ähnlichen hatte die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26. November 1964⁽²⁵⁹⁾ zum Gegenstand. Der 3. Zivilsenat hatte über folgenden Sachverhalt zu urteilen:

Der Kläger war als Untersuchungsgefangener in der Haftanstalt M. zusammen mit den Häftlingen S. und L. in einer Zelle untergebracht. L. hatte früher an Tbc gelitten. Am 20. 12. 1956 wurde festgestellt, daß bei L. ein Infiltrat unter dem linken Schlüsselbein vorhanden und

(258) BGHZ 11, 231

(259) BGH in VersR 65, 91 ff

§ 7 II 2

die Aufnahme in die Tbc-Abteilung P. erforderlich sei. L. wurde daraufhin am 24. Dezember 1956 in die Tbc-Abteilung P. verlegt. Der Kläger kam in eine andere Zelle.

Am 12. Januar 1957 wurden bei L. Tuberkelbazillen festgestellt.

Am 3. April 1957 wurde beim Kläger, der bei der Aufnahme in die Haftanstalt als gesund befunden worden war, eine Tuberkulose der Lunge, später auch eine Hodentuberkulose festgestellt. Der Kläger wurde daraufhin in der Tbc-Abteilung P. behandelt.

Der Kläger behauptet, er sei von L. in der Zeit vom 16. bis 24. Dezember 1956 mit Tuberkulose angesteckt worden. Die Anstaltsärzte hätten dadurch, daß sie L. nicht rechtzeitig isoliert hätten, schuldhaft ihre Amtspflicht verletzt. Der Kläger klagte auf Schadensersatz.

Die Klage wurde vom Landgericht und vom Berufungsgericht abgewiesen.

Das Berufungsgericht hatte zwar eine schuldhaft begangene Amtspflichtverletzung der beteiligten Ärzte angenommen, jedoch den Nachweis, daß der Kläger bei einer rechtzeitigen Isolierung des L. nicht an Tuberkulose erkrankt wäre, nicht für erbracht angesehen.

§ 7 II 2

Der Bundesgerichtshof, der die Revision des Klägers zurückgewiesen hat, führt im wesentlichen folgendes aus:

Die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten für einen rechtlich mißbilligten Erfolg ursächlich geworden ist, betreffe den konkreten Haftungsgrund, nämlich die Tatsachen, aus denen sich die Haftung des Handelnden ergebe. Diese Frage sei nach § 286 ZPO zu beantworten. § 287 ZPO, der den Richter freier stelle und nach dem der Richter einen Schaden auch dann als gegeben erachten dürfe, wenn der volle Beweis für sein Vorliegen nicht erbracht sei, sei nur für die gedanklich später liegende Frage von Bedeutung, welche Schäden dem Kläger im einzelnen aus der behaupteten Ansteckung mit Tuberkulose entstanden seien; erst der ursächliche Zusammenhang zwischen dem konkreten Haftungsgrund und dem entstandenen Schaden sei nach § 287 ZPO zu beurteilen. Der konkrete Haftungsgrund sei erst dann bewiesen, wenn feststehe, daß der Verstoß den Ersatzbegehrenden tatsächlich betroffen habe. Der konkrete Haftungsgrund sei also noch nicht dadurch erwiesen, daß eine Amtspflichtverletzung der Ärzte feststehe; vielmehr bedürfe es noch des Nachweises, daß der Kläger infolge dieser Amtspflichtverletzung mit Tuberkulose angesteckt worden sei⁽²⁶⁰⁾.

(260) a.a.O., wie (259) S. 92

§ 7 II 2

- f) In seiner Entscheidung vom 7. Juli 1970⁽²⁶¹⁾ hatte der 6. Senat beim Bundesgerichtshof sich mit einem Verkehrsunfall vom 5. Januar 1961 zu befassen, bei dem der Kläger eine Schädelprellung mit höchstens leichter Gehirnerschütterung erlitten hatte. Am 10. April 1964 erlitt der Kläger einen weiteren Unfall, indem ihm sein Sohn versehentlich den Kofferraumdeckel auf den Kopf schlug. Später stellte sich beim Kläger eine psychomotorische Epilepsie ein. Der Kläger führt dies auf den Unfall vom 5. Januar 1961 zurück.

Das Berufungsgericht sah in diesem Fall ein Schulbeispiel für die den Anwendungsbereich des § 287 ZPO ausdehnende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Wollte man den Kläger im strengen Sinne des § 286 ZPO für beweispflichtig halten dafür, daß die Körperverletzung bei dem Unfall vom 5. Januar 1961 auch den "sowohl nach ihrem Erscheinungsbild als nach ihrer Ursächlichkeit unklar gebliebenen Zustand des Klägers" zur Folge gehabt habe, dann müßte bei dem non liquet der ärztlichen Aussagen die Klage insoweit mangels Beweises abgewiesen werden. Dieses in vielen Fällen offenbar unbillige Ergebnis solle jedoch vermieden werden.

Obschon ein Sachverständiger eine auf einen organischen Hirnschaden deutende Krankheit

(261) BGH in NJW 70, 1970 ff = JZ 71, 228 ff

§ 7 II 2

entdeckt hatte und diesen Zustand mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf den späteren Unfall vom 10. April 1974 zurückführte, schaltete das Berufungsgericht im Rahmen der Schätzung nach § 287 ZPO die Möglichkeit aus, daß die psychomotorische Epilepsie erst durch den Unfall vom 10. April 1964 entstanden sei. Ebenso schaltete es die weiteren Möglichkeiten, daß nämlich der Kläger genuin an der psychomotorischen Epilepsie leide oder daß er sie sich im Jahre 1943 durch eine Schädelhirnverletzung oder das wolhynische Fieber zugezogen habe, aus, obschon nach den sachverständigen Äußerungen alle Möglichkeiten gegeben wären.

Der Bundesgerichtshof stellt zunächst fest, daß sich das Berufungsgericht insoweit, als es die Verursachungsfrage nach § 287 ZPO beurteile, im Einklang mit seiner schon auf das Reichsgericht zurückgehenden ständigen Rechtsprechung befinde⁽²⁶²⁾.

Das Berufungsgericht habe jedoch § 287 ZPO unrichtig angewandt.

Zwar sei § 287 ZPO u.a. dazu bestimmt, Unbilligkeiten zu mildern, die sich aus der Beweislast des Geschädigten ergeben könnten. Dies bedeute

(262) NJW 70, 1971

§ 7 II 2

jedoch nicht, daß die Unklärbarkeit einer Frage niemals zu seinen Lasten gehen dürfe. Inwiefern der Sinn der Vorschrift eine Milderung der Beweislast fordere, müsse für einzelne Fallgruppen verschieden beurteilt werden.

In Bezug auf die Grundlagen des Tatsachenablaufs müsse das Gericht die Überzeugung von der Richtigkeit seiner Feststellung erlangen; durch § 287 ZPO sei es nur insoweit freier gestellt, als es in einem der jeweiligen Sachlage angemessenen Umfang andere, wenig wahrscheinliche Verlaufsmöglichkeiten nicht mit der sonst gebotenen an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit ausschließen müsse. § 287 ZPO erlaube es aber in keinem Fall, zu Gunsten des Beweispflichtigen einen bestimmten Schadensverlauf zu bejahen, wenn nach den feststehenden Einzel-tatsachen alles offen bliebe oder sich gar eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Gegenteil ergebe.

- g) Der Sachverhalt des Urteils des 6. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 11. 1. 1972⁽²⁶³⁾ war kurz folgender:

Die Mutter der Klägerin erlitt, als sie mit dieser im 6. Monat schwanger war, einen Verkehrsunfall, den der Beklagte allein verschuldet hatte.

(263) BGHZ 58, 48 ff = BGH JZ 72, 363 ff

§ 7 II 2

Dabei wurde sie erheblich verletzt. Es waren der linke Schienbeinkopf und die vierte linke Rippe gebrochen; außerdem erlitt sie eine schwere Gehirnerschütterung, sodaß sie erst nach einiger Zeit in der Klinik wieder zu Bewußtsein kam. Die Klägerin kam am 16. September 1964 zur Welt. Später zeigte sich, daß sie an spastischen Lähmungen litt, weil sie mit einem Gehirnschaden geboren worden war.

Ob dies auf den Unfall der Mutter zurückzuführen sei, war Gegenstand des Rechtsstreits.

Die Klägerin, die Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten hinsichtlich aller ihr erwachsenden Schäden begehrte, obsiegte durch alle Instanzen.

Der Bundesgerichtshof deckt die Ansicht des Berufungsgerichts, welches sich auf die Beweiserleichterung des § 287 ZPO gestützt und nicht volle Beweisführung nach § 286 ZPO gefordert habe. Zwar könne sich der Geschädigte erst dann auf § 287 ZPO stützen, wenn der haftungsbe gründende Tatbestand feststehe. Dieser "konkrete Haftungsgrund" müsse zunächst vom Geschädigten gem. § 286 ZPO bewiesen sein. Nur soweit der Streit darum gehe, ob (auch) der (Folge-) Schaden, dessen Ersatz der Geschädigte verlange, auf diesen konkreten Haftungsgrund ursächlich zurückgehe, komme ihm die Beweis-

§ 7 II 2

erleichterung des § 287 ZPO zu Hilfe. So sei aber der zu entscheidende Fall gelegen.

Es sei zwar nicht zulässig, die Körperverletzung der Mutter rechtlich ohne weiteres auch als eine Verletzung der Leibesfrucht anzusehen, da der Ersatzanspruch ein Anspruch des Kindes und nicht ein Teil des Ersatzanspruches der Mutter sei.

Ein mit Gesundheitsschäden geborenes Kind genüge aber seiner Pflicht, einen konkreten Haftungsgrund, hier nämlich die Verletzung seiner Gesundheit, gem. § 286 ZPO nachzuweisen schon durch den Nachweis, daß es bei jenem Unfall als Leibesfrucht in Mitleidenschaft gezogen worden sei. Mehr an Beweisen könne billigerweise von dem Kind nicht gefordert werden, zumal sich alle Vorgänge zu einem Zeitpunkt abgespielt hätten, als es noch im Mutterleibe war. Ob die Mißhandlung der Leibesfrucht zu einer Hirnschädigung der Klägerin geführt habe, könne gem. § 287 ZPO geprüft werden.

- h) Der Entscheidung des 6. Zivilsenats des BGH vom 27. Februar 1973⁽²⁶⁴⁾ lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 29.6.1964 wurden die Klägerin und ihr Ehemann auf der Straße durch Alleinverschulden des Beklagten verletzt. In der Unfallstation wurde auf Grund von Röntgenaufnahmen festgestellt,

(264) BGH in DB 73, 1168 f.

§ 7 II 2

daß der Ehemann der Klägerin eine Brustkorbprellung und eine Knorpelfraktur am linken Rippenbogen erlitten hatte. Er mußte zwar überwiegend Bettruhe einhalten, wurde aber noch am gleichen Tage nach Hause entlassen und dort weiter ärztlich behandelt. Am 13. Juli 1964 verstarb der Ehemann der Klägerin. Der ihn nach dem Unfall behandelnde Arzt gab als Todesursache eine Lungenembolie an. Die Klägerin hat den Tod ihres Mannes als Unfallfolge angesehen und mit der Klage u.a. den Ersatz der Beerdigungskosten und Schadensersatz für den ihr seit dem Tode ihres Mannes entgangenen Unterhaltsanspruch verlangt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Auf die Revision hat der Bundesgerichtshof die Sache zurückverwiesen.

In den Entscheidungsgründen führt der Bundesgerichtshof aus, daß der Schadensverlauf auch dann nach § 287 ZPO zu beurteilen sei, wenn in Frage stehe, ob die haftungsbegründende Verletzung eines geschützten Rechtsgutes eine weitere Schädigung dieses oder eines anderen Rechtsgutes zur Folge habe.

Im vorliegenden Fall sei unstreitig, daß der Ehemann der Klägerin infolge schuldhaften Verhaltens des Beklagten körperlich verletzt worden

§ 7 II 2

sei. Damit stehe der konkrete Haftungsgrund (haftungsbegründender Ursachenzusammenhang) fest. Die Frage, ob der Tod eine Folge dieser Körperverletzung gewesen sei, gehöre zum Bereich der haftungsausfüllenden Ursächlichkeit. Damit sei hier nach § 287 ZPO zu beurteilen, ob die Körperverletzung den Tod des Ehemannes verursacht habe.

- i) In der Entscheidung vom 8. 5. 1973⁽²⁶⁵⁾ hatte sich der 6. Zivilsenat beim Bundesgerichtshof mit den Möglichkeiten der Schadensschätzung bei ungeklärtem Verlauf eines doppelten Auffahrunfalles zu beschäftigen.

Im Zuge einer Stockung auf der Autobahn kam es zu einem doppelten Auffahrunfall. Der Kläger fuhr mit seinem schon älteren Mercedes Benz 220 auf das Fahrzeug seines Vordermannes, das dieser noch zum Stehen hatte bringen können, auf. Unmittelbar darauf fuhr der Erstbeteiligte, der bei der Zweitbeteiligten haftpflichtversichert ist, mit seinem VW 1200 auf das Fahrzeug des Klägers auf und schob dieses erneut auf das vordere Fahrzeug.

Der Restwert des Mercedes, der vor dem Unfall einen Zeitwert von 2.800,- DM hatte, betrug nach dem Unfall noch 200,- DM. Die Instandsetzung hätte 4.739,20 DM gekostet, nämlich 2.011,50 DM

(265) BGH in NJW 73, 1283 ff = MDR 73, 661

§ 7 II 2

für die Behebung der Frontschäden und 2.727,70 DM für die Behebung der Heckschäden.

Der Kläger hat mit seiner Klage Ersatz seines Fahrzeugschadens sowie Ersatz für weitere Sachschäden und Kosten verlangt. Nach seiner Ansicht haften ihm die Beklagten nicht nur für die Heckschäden, sondern auch für die Frontschäden, wobei er sich allerdings 486,60 DM für die vordere Stoßstange in Abzug bringen läßt. Der Kläger hat als Fahrzeugschaden 2.600,-- DM (2.800,- DM Zeitwert weniger Restwert von 200,- DM) abzüglich 486,60 DM, also 2.113,40 DM gefordert.

Die Beklagten haben sich dahin eingelassen, daß der klägerische Mercedes beim ersten Auffahren nicht nur an der Stoßstange beschädigt worden sei; vielmehr habe der Wagen bereits dabei solche Schäden an der Frontseite davongetragen, daß er als totalbeschädigt habe betrachtet werden müssen. Soweit dieses "Wrack" dadurch, daß der Erstbeklagte es nochmals auf den Kombiwagen aufgeschoben habe, an Wert verloren habe, betrage dieser Schaden nicht mehr als 750,-- DM. Dieser Betrag wurde dem Kläger von der Beklagten bereits vor Klageerhebung als Ersatz für seinen materiellen Schaden gezahlt.

Das Landgericht hat dem Kläger 2.094,23 DM zugesprochen. Das Berufungsgericht hat die Klage in vollem Umfange abgewiesen. Die Revision

§ 7 II 2

führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Das Berufungsgericht vermochte sich nicht davon zu überzeugen, daß auch die Frontschäden am Fahrzeug des Klägers, soweit sie über die Beschädigung der Stoßstange hinausgingen, durch den Erstbeklagten verursacht sind. Es sah die ernstliche Möglichkeit, daß der Kläger alle diese Schäden bei seinem ersten Aufprall selbst verursacht hat. Es hat daher dem Grunde nach nur die Haftung der Beklagten für die sicher durch den Erstbeklagten verursachten Heckschäden anerkannt.

Das Berufungsgericht ging sodann von folgender Berechnung aus:

Der Wagen des Klägers habe beim Aufprall des Beklagten wegen der schon vorhanden gewesenen Frontschäden nur noch einen Wert von 2.800,- DM abzüglich der zur Behebung der Frontschäden notwendigen 2.011,50 DM, also 588,50 DM, gehabt. Der Schaden des Klägers könne also die bereits bezahlten 750,- DM nicht übersteigen.

Der Bundesgerichtshof, der zunächst zur Frage der Anwendbarkeit des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB Stellung nimmt, führt dann im wesentlichen folgendes aus:

Das Berufungsgericht sei der Vorschrift des § 287 ZPO nicht erkennbar gerecht geworden.

§ 7 II 2

Zwar stelle es keine Verletzung des § 287 ZPO dar, wenn das Berufungsgericht eine Verursachung der nicht die Stoßstange betreffenden Frontschäden durch den Beklagten als nicht erweislich außer Betracht lasse. Insoweit habe sich das Berufungsgericht nicht davon zu überzeugen vermocht, daß eine ursächliche Beteiligung des Beklagten an den Frontschäden wenigstens deutlich wahrscheinlicher gewesen sei als ihr Gegenteil, sodaß auch im Rahmen des § 287 ZPO die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden sei.

Anders verhalte es sich jedoch hinsichtlich des Umfanges, in dem der Beklagte wegen der Heckschäden zum Schadensersatz verpflichtet sei. Daß die Klage auch hier im Ergebnis ohne Erfolg geblieben sei, beruhe vor allem darauf, daß das Berufungsgericht auch in diesem Zusammenhang davon ausgehe, beim Anprall des Beklagten sei das Fahrzeug des Klägers durch die gesamten später festgestellten Frontschäden schon im wesentlichen entwertet gewesen, obgleich dieser Hergang nicht positiv festgestellt sei. Das entspreche zwar dem Grundsatz, daß der Kläger die Anspruchsgrundlagen voll zu beweisen habe. Dieser Grundsatz könne aber gerade bei Verkehrsunfällen der vorliegenden, häufig begegnenden Art zu dem unbilligen Ergebnis führen, daß der bei dem Kettenunfall in der Mitte befindliche Geschädigte regelmäßig auch insoweit benachteiligt sei, als eine physische Einwirkung des nachfol-

§ 7 II 2

genden Fahrers auf sein schließlich wirtschaftlich totalbeschädigtes Fahrzeug feststehe: dies beruhe vor allem auch darauf, daß der typisch enge zeitliche Zusammenhang der Ereignisse eine zeitliche Aufgliederung unmöglich mache. Bei solcher Fallgestaltung befinde sich der Eigentümer des mittleren Fahrzeuges hinsichtlich der Heckschäden in einer ähnlichen Beweisschwierigkeit wie der Eigentümer einer zerstörten Sache, der keine Möglichkeit mehr habe, ihre wertbildenden Eigenschaften nachzuweisen. Es sei in der Rechtsprechung anerkannt, daß in diesen besonders gelagerten Fällen der Richter im Rahmen des § 287 ZPO zu einer echten Schätzung, zu einem teilweisen Abgehen von der Beweislast befugt sein könne. Nur dadurch könne das unbillige Ergebnis vermieden werden, daß sich der in Beweisnot befindliche Kläger immer mit dem denkbar geringsten Betrag begnügen müsse.

Eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze vermöge auch bei den typischen Auffahrunfällen der vorliegenden Art insgesamt zu einem befriedigenden Ergebnis zu führen. Es werde so vermieden, daß nur dem von hinten Aufgefahrenen die durch die typische Gestaltung des Unfallverlaufs bedingte Ungewißheit zugute komme, ob die von ihm mit Sicherheit verursachten Schäden noch nach technischen, von Reparaturkosten ausgehenden Gesichtspunkten, oder mit Rücksicht auf die

§ 7 II 2

in der vorhergehenden Phase des Gesamtunfalls eingetretenen Schäden ganz oder teilweise unter dem wirtschaftlichen Aspekt des Totalschadens zu bewerten seien.

Das könne freilich nicht dazu führen, daß dem Beklagten für die sicher von ihm verursachten Heckschäden nicht entstandene Reparaturkosten auferlegt würden. Dergleichen mache auch die Klage nicht geltend. Wohl aber könne es im Sinne von § 287 ZPO billig sein, ihm den Gesamtschaden (Zeitwert abzüglich Restwert) zu einem Teil aufzuerlegen, der im Umfang der von ihm verursachten Schäden im Verhältnis zu den übrigen Beschädigungen, die ihm nicht oder nicht mit hinreichender Sicherheit zugerechnet werden könnten, entspreche. Dabei biete sich als Grundlage dieser Verhältnisrechnung in erster Linie der - wegen des wirtschaftlichen Totalschadens allerdings nur gedachte - Reparaturaufwand für die Behebung einerseits der vom Beklagten verursachten, andererseits der übrigen im Unfallverlauf entstandenen Schäden an. Es stehe der Billigkeit einer solchen Schätzung nicht entgegen, daß im vorliegenden Fall ein Hergang, der gerade diese Aufteilung rechtfertigen könnte, weniger wahrscheinlich erscheinen möge als ein solcher, der zu einer wesentlich höheren oder auch geringeren Belastung des Beklagten führen müßte, wenn alle Umstände bekannt wären. Soweit im Rahmen des § 287 ZPO ausnahmsweise eine echte Schätzung

§ 7 III

zulässig sei, brauche ihr nicht die - ~~wenn~~gleich durch freiere Feststellung erlangte - Überzeugung des Gerichts zugrunde zu liegen, daß gerade dieses Ergebnis der sachlichen Rechtslage genau entspreche⁽²⁶⁶⁾.

Damit soll es mit der Darstellung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zunächst einmal sein Bewenden haben. Freilich wären auch andere Darstellungen möglich und durchaus interessant. So nimmt Arens⁽²⁶⁷⁾ eine Darstellung vornehmlich im Hinblick auf das Merkmal des "Betroffenseins" und seine Bedeutung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sowie auf die damit zusammenhängende Frage der Anwendung des § 287 ZPO auf "Verhaltensnormtatbestände" und "Eingriffstatbestände" im Sinne der Ausführungen Hanau's⁽²⁶⁸⁾ vor. Diese Aspekte können jedoch noch im Zusammenhang der hier vorzunehmenden Auseinandersetzung mit der aufgezeigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mitbehandelt werden.

III. Kurze Analyse der dargestellten Rechtsprechung

Ehe später im Rahmen einer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung und der Literatur unter Berücksichtigung

(266) NJW 73, 1284

(267) Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung

(268) Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit

§ 7 III 1

sichtigung noch aufzuzeigender Auslegungsmöglichkeiten die Lösung der Frage nach der Anwendung des § 287 ZPO auf Kausalitätsprobleme gesucht wird, empfiehlt es sich, erst einmal in einer kurzen Analyse der soeben aufgezeigten Rechtsprechung zu untersuchen, auf welche Kausalzusammenhänge diese Rechtsprechung § 287 ZPO tatsächlich angewendet hat bzw. anwendet.

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Beginnen wir auch hier wieder mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Besieht man sich die früheren Entscheidungen⁽²⁶⁹⁾, so wendet dort das Reichsgericht eindeutig § 287 ZPO auf den Kausalzusammenhang zwischen widerrechtlichem Verhalten und schädigendem Erfolg an.

Während in dem Warenzeichenfall⁽²⁷⁰⁾ noch eine gewisse Vermischung zwischen Schätzung der Höhe des durch den Warenzeichenmißbrauch eingetretenen Schadens und der Feststellung, daß der Mißbrauch überhaupt einen schädigenden Erfolg beim Warenzeicheninhaber gezeitigt habe, vorhanden ist, wird in dem Steinbruchfall⁽²⁷¹⁾ mit aller Deut-

(269) siehe oben II 1) a, b und c

(270) RGZ 6, 356

(271) RGZ 10, 64

§ 7 III 1

lichkeit § 287 ZPO auf den Kausalzusammenhang zwischen rechtswidrigem Handeln (Unterlassen) und Eintritt des schädigenden Erfolges angewandt. In dieser Entscheidung geht es ja alleine um die Frage, ob der Unfall als solcher verhütet worden wäre, wenn der Stein durch den Verantwortlichen untersucht worden wäre. Welcher Schaden der Witwe des Getöteten aus dessen Tod entstanden ist, ist nicht Gegenstand der Entscheidung.

Ebenso verhält es sich im Postverwalterfall⁽²⁷²⁾. Auch hier vertritt das Reichsgericht die Meinung, daß der Ursachenzusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten beim Bau der zu kalten Wohnung und der Erkrankung des Postverwalters und seiner Frau nach § 287 ZPO zu beurteilen sei. Welcher Schaden durch die Erkrankung entstanden sei, war nicht zu beurteilen.

Freilich wird nicht übersehen, daß es sich sowohl beim Steinbruchfall wie auch beim Postverwalterfall um Fälle handelt, bei denen es letztlich darum geht, welche von mehreren denkbaren Ursachen nun zum schädigenden Erfolg (Tod bzw. Erkrankung) geführt hat. Das Reichsgericht scheidet hier also in Wahrheit mit Hilfe des § 287 ZPO die weniger wahrscheinlichen Ursachen aus. Dies wird schon aus der Wendung "der Regel nach" bzw. "nach dem natürlichen Verlauf der Dinge" ersichtlich.

(272) RGZ 95, 103

§ 7 III 1

Eine Wende scheint das Reichsgericht dann in den Entscheidungen vom 10. April 1919 und 19. Januar 1920⁽²⁷³⁾, dem Treibjagdfall, zu vollziehen. Gerade auch im Treibjagdfall ging es letztlich darum, welche von mehreren Ursachen die Schußverletzung beim Kläger hervorgerufen hatte, wobei natürlich klar war, daß es sich um den Schuß eines der Jäger handeln mußte und nur nicht sicher festgestellt werden konnte, ob der Schuß des Beklagten oder eines anderen Jägers die Ursache gewesen ist. Hier hat das Reichsgericht sehr deutlich ausgeführt, daß der Ursachenzusammenhang zwischen der Verletzungshandlung und dem Verletzungserfolg nicht nach § 287 ZPO beurteilt werden dürfe.

Bei den unter § 7 II 1) g) aufgezeigten Fällen⁽²⁷⁴⁾ könnte man die Ansicht gewinnen, das Reichsgericht wolle hier wieder von den vorgenannten Grundsätzen abrücken. In beiden Fällen wendet das Reichsgericht § 287 ZPO auf die Beurteilung der Frage, ob ein bestimmter Erfolg auf eine bestimmte schädigende Handlung zurückzuführen sei, an. Besonders deutlich wird dies im Straßenbahnunfall, wo das Reichsgericht die beim Kläger eingetretene Neurose nach § 287 ZPO als durch den Unfall verursacht ansieht und andere Ursachen ausschließt.

Allerdings besteht bei diesen Fällen die Besonderheit, daß es sich um sogenannte Zweiterfolge

(273) RGZ 95, 249 und 98, 58; siehe oben II 1), e) und f)

(274) RGZ 155, 37 und RGZ 159, 257

§ 7 III 1

handelt. Nachdem also bereits ein schädigender Erfolg durch den Unfall verursacht war, tritt ein weiterer Erfolg auf, bei dem sich dann die Frage stellt, ob er ebenfalls auf den Unfall oder auf eine andere Ursache zurückzuführen ist.

In der Entscheidung vom 28. März 1930⁽²⁷⁵⁾ stellt das Reichsgericht wiederum fest, daß § 287 ZPO auf die Frage des ursächlichen Zusammenhangs anzuwenden sei. Diese Entscheidung ist schwer einzuordnen.

Im Grunde geht es darum, ob der schädigende Erfolg, nämlich die beim Turnen geholte Verletzung, auch dann zu dem eingetretenen Schaden - Versteifung des Knies - geführt hätte, wenn der Arzt richtig gehandelt hätte, oder aber darum, ob das falsche Handeln des Arztes als Ursache der Versteifung anzusehen ist, weil bei richtigem Verhalten die Erstursache in Wegfall gekommen wäre. Es handelt sich also um eine etwas sonderliche Vermischung von zwei Erscheinungen, nämlich einem Fall mit zwei denkbaren Ursachen und einem Fall mit einem sog. Zweiterfolg. Die vom Reichsgericht gebilligte Argumentation des Berufungsgerichts erinnert an die Fälle, wo das Reichsgericht über § 287 ZPO bei mehreren denkbaren Ursachen die eine wegen geringerer Wahrscheinlichkeit zugunsten der Bejahung der anderen ausschließt.

(275) RGZ 128, 121

§ 7 III 1

Sehr interessant erscheint die Entscheidung des Reichsgerichts vom 13. Februar 1941⁽²⁷⁶⁾, der Postomnibusfall. Dies vor allem im Hinblick auf die aufgezeigte Entscheidung des BGH vom 8. Mai 1973, den Doppelauffahrunfall. Hier wendet das Reichsgericht § 287 ZPO wieder eindeutig auf die Frage nach dem Ursachenzusammenhang zwischen schädigender Handlung und schädigendem Erfolg an. Offensichtlich soll über § 287 ZPO festgestellt werden, welche Beschädigungen der Postomnibus dem Lkw zugefügt hat und welche dieser bereits durch das Auffahren auf den Baum erlitten habe. Unter der Klausel "ursächlicher Zusammenhang zwischen Unfall und Schaden" wird hier also der aufgezeigte Kausalzusammenhang verstanden.

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß das Reichsgericht in seinen früheren Entscheidungen § 287 ZPO ohne weiteres auf den Kausalzusammenhang zwischen Handlung (Unterlassen) und eingetretenem Erfolg anwendet. Später erfolgt insoweit eine Einschränkung, wobei jedoch weiterhin § 287 ZPO jedenfalls bei Fällen mit mehreren denkbaren Ursachen zur Ausscheidung weniger wahrscheinlich erscheinender und bei Fällen mit sog. Zweiterfolgen zur Feststellung des Ursachenzusammenhanges zwischen schädigender Handlung und Zweiterfolg Anwendung findet.

(276) RGZ 168, 47

§ 7 III 2

2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

In der Entscheidung vom 1. März 1951⁽²⁷⁷⁾ ist nicht genau erkennbar, welcher Ursachenzusammenhang gemeint sein soll. Der BGH bedient sich hier - er schließt sich ja auch ausdrücklich dem Reichsgericht an - der oben schon dargestellten Klausel des Reichsgerichts, wenn er ausführt, die Regelung des § 287 ZPO gelte auch für den "Ursachenzusammenhang zwischen Unfall und Schaden".

Die Entscheidung BGHZ 4, 192⁽²⁷⁸⁾ darf in gewissem Sinne als Grundsatzentscheidung angesehen werden. Hier versucht der Bundesgerichtshof erstmals, ein klares Abgrenzungskriterium zu schaffen, welcher Kausalzusammenhang noch unter § 287 ZPO falle und welcher nicht. Hier entsteht die dann so viel strapazierte Figur des konkreten Haftungsgrundes, der nicht mit den Mitteln des § 287 ZPO bewiesen werden könne. Ob ein bestimmtes Ereignis den Ersatzbegehrenden betroffen habe, sei nach § 286 ZPO zu beweisen. Der konkrete Haftungsgrund schließt also offensichtlich das Betroffensein mit in sich. Ob und inwieweit dieses Kriterium des Betroffenseins, mit dem sich vor allem Arens⁽²⁷⁹⁾ sehr gründlich auseinandersetzt, tatsächlich geeignet ist, den Anwendungsbereich des § 287 ZPO auf Fragen der Kausalität genügend abzustecken, wird sich bei der Aus-

(277) LM § 287 Nr. 3

(278) oben II 2) b)

(279) Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung

§ 7 III 2

einandersetzung mit der Rechtsprechung und der Literatur zeigen.

Der Turnunfall, den der BGH am 27. Juni 1963 entschieden hat⁽²⁸⁰⁾, ist ein typischer Fall mit zwei denkbaren Ursachen für ein Schadensereignis.

Es ging allein darum, ob der verletzte Schüler durch einen Fehltritt auf dem Schwebebalken oder infolge der Glätte des Hallenbodens zu Fall gekommen war. Hier hat der BGH sich eindeutig dahingehend festgelegt, daß dann, wenn zwei Geschehnisse nebeneinander als Schadensereignis in Betracht kämen, nicht nach § 287 geschätzt werden könne, welches Ereignis den Geschädigten betroffen habe. Der BGH verneint also die Möglichkeit der Anwendung des § 287 ZPO auf die Frage nach der Kausalität zwischen dem schadensstiftenden Ereignis und einer von mehreren denkbaren Ursachen.

In den weiter aufgezeigten Entscheidungen des BGH vom 14. Dezember 1953⁽²⁸¹⁾, dem Luesfall, und vom 26. November 1964⁽²⁸²⁾, dem Tuberkulosefall, bleibt der Bundesgerichtshof dieser seiner grundsätzlichen Meinung treu. Auch hier handelt es sich um Fälle, wo mehrere Ursachen für einen schädigenden Erfolg vorliegen könnten. Der BGH wendet nicht § 287 ZPO an. Vielmehr entscheidet er im Luesfall zu Gunsten der Klägerin

(280) NJW 1963, 1828; siehe oben II 2 c)

(281) BGHZ 11, 227; siehe oben II 2 d)

(282) VersR 65, 91; siehe oben II e)

§ 7 III 2

mit Hilfe des Beweises des ersten Anscheins, indem er der zwar auch nicht vollbewiesenen und nicht einmal sehr wahrscheinlichen Möglichkeit der Infizierung durch die Bluttransfusion als Ursache für die Erkrankung den Vorzug gibt vor allen anderen denkbaren Ursachen, weil für letztere überhaupt nichts spreche. Im Tuberkulosefall weist der BGH die Revision des Klägers zurück. Ob hier freilich nicht auch eine Entscheidung auf Grund des Beweises des ersten Anscheins angebracht gewesen wäre, mag späterer Erörterung überlassen bleiben. Jedenfalls verneint der Bundesgerichtshof die Möglichkeit der Anwendung des § 287 ZPO.

Die Entscheidung vom 7. Juli 1970⁽²⁸³⁾, der Epilepsiefall, könnte hier wieder als Ausnahme von den vorausgezeigten Entscheidungen erscheinen. Auch hier geht es nämlich darum, daß mehrere Ursachen für die eingetretene Erkrankung (Epilepsie) denkbar sind. Es hat sogar ein Sachverständiger sich dahin ausgesprochen, daß die Krankheit mit Wahrscheinlichkeit auf den späteren Unfall zurückzuführen sei. Hier nun wendet der BGH grundsätzlich § 287 ZPO an und zwar ausdrücklich auf die sog. Verursachungsfrage. Lediglich die Art, wie das Berufungsgericht § 287 ZPO angewandt habe, sei zu beanstanden.

Allerdings hat dieser Fall die Besonderheit, daß es sich um einen sog. Zweiterfolg handelt. Der Ersterfolg, nämlich die Verletzung durch

(283) NJW 1970, siehe oben II 2 f)

§ 7 III 2

den Unfall vom 5. Januar 1961 - der Kläger erlitt damals eine Schädelprellung mit leichter Gehirnerschütterung - war längst eingetreten. Es ging also nur darum, ob dieser Ersterfolg den weiteren Erfolg, nämlich die Epilepsie, hervorgerufen habe oder aber ob eine weiter hinzugetretene Ursache, nämlich der Schlag mit dem Kofferraumdeckel auf den Kopf, ursächlich gewesen sei für die Erkrankung mit Epilepsie. Bei diesen Fällen mit sog. Zweiterfolgen wendet der BGH für die Frage der Ursächlichkeit der schädigenden Handlung, die zum Ersterfolg geführt hat, für den Zweiterfolg § 287 ZPO an.

Hochinteressant erscheint die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11. Januar 1972⁽²⁸⁴⁾, wo der BGH über die Ursächlichkeit eines von der schwangeren Mutter erlittenen Unfalls für die angeborene Erkrankung des Kindes zu urteilen hatte.

Hier stellt zwar der BGH fest, daß der konkrete Haftungsgrund nicht nach § 287 ZPO, sondern nach § 286 ZPO zu beurteilen sei. Interessant ist jedoch, daß der BGH hier den haftungsbegründenden Kausalzusammenhang enden läßt bei der Tatsache, daß die Leibesfrucht durch den Unfall "in Mitleidenschaft gezogen" worden sei. Prinzipiell müßte ja nach dem Grundsatz des BGH voll bewiesen sein, daß die Leibesfrucht eine Verletzung durch

(284) JZ 72, 363; siehe oben II 2 d)

§ 7 III 2

den Unfall erlitten habe. Der BGH begründet sein Vorgehen damit, daß von dem klagenden Kind "billigerweise" nicht mehr an Beweisen gefordert werden könne. Nachdem die Leibesfrucht in Mitleidenschaft gezogen war, hält es der BGH für richtiger, die Ursächlichkeit von diesem in Mitleidenschaftgezogensein zur Hirnschädigung des Kindes gem. § 287 ZPO zu beurteilen.

Ob hier der BGH - aus welchen Gründen auch immer - nicht eine Abweichung von seiner bisher dargestellten Rechtsprechung vornimmt, ist noch zu überprüfen. In Wirklichkeit handelt es sich doch auch hier um einen Fall, wo für die Hirnschädigung des Kindes mehrere Ursachen denkbar sind, von denen eine der von der schwangeren Mutter erlittene Unfall sein könnte. Prinzipiell hat der BGH bei diesen Fällen eine Anwendung des § 287 ZPO verneint. Jetzt läßt er als Abschluß des haftungsbegründenden Kausalzusammenhangs genügen, daß die Leibesfrucht bei dem Unfall in Mitleidenschaft gezogen worden sei und hält dann die Anwendung des § 287 ZPO für richtig. Er begibt sich damit sehr in die Nähe der von ihm entschiedenen Fälle mit Zweiterfolg, wobei jedoch jetzt schon darauf hinzuweisen ist, daß der Ersterfolg ja bei der Mutter eingetreten ist und daß der BGH selbst festgestellt hat⁽²⁸⁵⁾, daß haftungsrechtlich hier zwei Verletzte nebeneinander stehen, sodaß jeder Anspruch selbständig zu prüfen ist. Die Hirnverletzung des Kindes darf

(285) JZ 73, S. 365

§ 7 III 2

also nicht als Zweiterfolg im Rahmen der Schädigung der Mutter angesehen werden.

In der Entscheidung vom 27. Februar 1973⁽²⁸⁶⁾, im Lungenemboliefall, handelt es sich wieder um den typischen Fall mit Zweiterfolg. Hier wendet der BGH § 287 ZPO auf die Frage an, ob die haftungsbegründende Verletzung eines geschützten Rechtsgutes eine weitere Schädigung dieses oder eines anderen Rechtsgutes zur Folge habe. Der konkrete Haftungsgrund stehe mit der auf Grund des schuldhaften Verhaltens des Beklagten eingetretenen körperlichen Verletzung des Geschädigten fest. Die Frage, ob der Tod eine Folge dieser Körperverletzung sei, gehöre zum Bereich der haftungsausfüllenden Ursächlichkeit.

Schließlich sei noch auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. Mai 1973⁽²⁸⁷⁾, den Doppelauffahrunfall, eingegangen. Dieser Fall bereitet bei seiner Einordnung Schwierigkeiten. Im Grund handelt es sich um einen Fall mit zwei Ursachen und zwei Erfolgen. Die erste Ursache war das Auffahren des Klägers mit seinem Pkw auf den Pkw des Vordermannes, wodurch der Pkw beschädigt wurde. Die zweite Ursache war das Auffahren des Beklagten auf den Pkw des Klägers, wodurch er noch einmal beschädigt wurde. Die Besonderheit liegt nun darin, daß sich die zwei

(286) DB 73, 1168 s.. o. II 2 h)

(287) NJW 73, 1823 s. oben II 2 i)

§ 7 III 2

Erfolge letztlich als ein Schaden darstellen. Infolge der beiden Erfolge erlitt das Fahrzeug des Klägers wirtschaftlichen Totalschaden, wobei nur nicht zu klären war, ob der wirtschaftliche Totalschaden schon durch das Auffahren des Klägers selbst, also durch den ersten Erfolg, eingetreten war oder erst in Verbindung mit dem Auffahren des Beklagten auf das Fahrzeug des Klägers entstand. Der BGH scheint hier § 287 ZPO auf den Umfang des Schadens anzuwenden, wendet ihn jedoch in Wirklichkeit auf den Ursachenzusammenhang zwischen schädigendem Verhalten und schädigendem Erfolg an. Wenn nämlich letztlich der BGH den Schaden so aufteilt, daß der Beklagte im Verhältnis der Höhe der Heckschäden zur Höhe der Frontschäden zur Haftung herangezogen wird, spricht er doch eigentlich aus, daß das Auffahren des Beklagten einen in Höhe der Heckschäden verursachten Schaden hervorgebracht habe. Dabei war ja nicht auszuschließen, daß das Fahrzeug des Klägers durch dessen eigenes Auffahren auf das Fahrzeug des Vordermannes bereits wirtschaftlichen Totalschaden erlitten hatte, sodaß das Auffahren des Beklagten sich nur noch sehr gering schädigend ausgewirkt hätte. Es handelt sich bei dieser Entscheidung um eine sehr sonderliche Mischung der Anwendung des § 287 ZPO auf Schadenshöhe und auf Kausalität. Freilich erinnert diese Entscheidung sehr stark an die Entscheidung des Reichsgerichts im 168. Band S. 47⁽²⁸⁸⁾. Dortselbst war dasselbe Geschehen vorhanden. Der einzige

(288) siehe oben II 1 i)

§ 7 IV

Unterschied besteht darin, daß der Sachverhalt, der der Reichsgerichtsentscheidung zugrunde lag, praktisch in Zeitlupe vor sich ging, während der Doppelauffahrunfall des BGH mit Zeitraffer von-statten gegangen war.

Zusammenfassend läßt sich zur Rechtsprechung des BGH feststellen, daß er zwar grundsätzlich unterscheidet zwischen der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität und daß er immer wieder unter Bezugnahme auf seine Entscheidung im 4. Band S. 192 die Frage der haftungsbegründenden Kausalität nach § 286 ZPO und nicht nach § 287 ZPO entscheidet. Allerdings ist nicht immer klar, wann beim Bundesgerichtshof die Kausalität der haftungsbegründenden Ereignisse endet. Im übrigen wendet der BGH grundsätzlich bei Fällen mit sog. Zweiterfolgen § 287 ZPO auf die Frage der Ursächlichkeit der Verletzungshandlung zum Zweiterfolg an.

IV. Die Literatur

Wenden wir uns nun noch den in der Literatur zur Frage der Anwendung des § 287 ZPO auf Kausalitätsprobleme vertretenen Meinungen zu.

Dabei werden auch hier ähnlich wie bei der Darstellung der Rechtsprechung die einzelnen

§ 7 IV 1

Meinungen nacheinander dargestellt, da eine klare Gruppierung nach sachlichen Gesichtspunkten nur schwer möglich ist, sodaß es sinnvoller erscheint, die einzelnen Meinungen für sich sprechen zu lassen.

1. Die Kommentar- und Lehrbuchliteratur

Zöllner, der zunächst hinsichtlich des Beweismaßstabes an die Stelle des "Vollbeweises" das freie Ermessen des Gerichts treten läßt, wobei in Kauf zu nehmen sei, daß die richterliche Schätzung mit der Wirklichkeit nicht übereinstimme⁽²⁸⁹⁾, will § 287 für die Frage der Kausalität zwischen dem konkreten Haftungsgrund (= das anspruchsbegründende Ereignis) und der Schadensfolge entsprechend gelten lassen⁽²⁹⁰⁾. Für den konkreten Haftungsgrund selbst einschließlich seiner eigenen Kausalbeziehungen (z.B. Hergang des Unfalls) sei Beweis i.S. des § 286 nötig und Schätzung gemäß § 287 ausgeschlossen, da die Schätzung nicht auf "geschätzten Schätzungsunterlagen" beruhen dürfe. Allerdings soll die beweiserleichternde Vorschrift des § 287 insofern auf die Feststellung schadensbegründender Tatsachen anwendbar sein, als von verschiedenen möglichen Verlaufsmöglichkeiten die weniger wahrscheinlichen ausgeschieden werden, soweit dabei die Regeln

(289) ZPO, 11. Aufl., § 287 Anm. I. 1

(290) a.a.O., Anm. I 3

§ 7 IV 1

der Beweislast nicht übergegangen würden⁽²⁹¹⁾.

Stein-Jonas-Schumann-Leipold legen zunächst dar⁽²⁹²⁾, daß bei jedem Schadensersatzanspruch zwei Elemente zu unterscheiden seien:

einmal die Tatsachen, aus denen die Verpflichtung einer Person zum Ersatz hergeleitet werde, also namentlich ihr rechts- oder vertragswidriges Tun oder Unterlassen und ihr subjektives Verschulden. Für den Beweis dieser Tatsachen gälten lediglich die allgemeinen Grundsätze des § 286 und zwar sowohl für die Notwendigkeit der Substantiierung wie für den Beweis und das Erfordernis erschöpfender Begründung des Urteils;

zum anderen die Tatsachen, aus denen die Entstehung eines Schadens folge, namentlich also die Frage, ob ein Gewinn entgangen sei, ob eine Benachteiligung des Erwerbers vorliege usw.

Hinsichtlich des Kausalzusammenhanges meinen dann Stein-Jonas-Schumann-Leipold⁽²⁹³⁾, daß der zwischen dem Verhalten des Täters und dem entstandenen Schaden bestehende Zusammenhang an sich einen Teil des verpflichtenden Tatbestandes bilde und auch vom Wortlaut der Vorschrift des § 287 nicht ausdrücklich erfaßt sei. Mit Rücksicht

(291) a.a.O. (290), unter Hinweis auf BGH NJW 70, 1971 u. 281; VersR. 67, 1095

(292) ZPO, 19. Aufl., § 287 Anm. I. 2

(293) wie (292) Anm. 2. c)

§ 7 IV 1

darauf aber, daß es sich hier in erster Linie um verbindende Schlußfolgerungen - oft genug hypothetischer Art (z.B. bei Unterlassungen) - zwischen den allein dem Beweis zugänglichen Tatsachen handele, für die dasselbe praktische Bedürfnis bestehe, wie bei den die Schadenshöhe und die Schadensentstehung bezeichnenden Punkten, rechne die Praxis seit jeher einhellig auch die Frage des Kausalzusammenhanges zu § 287, gleichviel, ob ihre Beantwortung allein oder in Verbindung mit den anderen Fragen zu erfolgen habe. Jedoch griffen für die Feststellung, ob ein bestimmtes Ereignis den Geschädigten tatsächlich betroffen habe, die Grundsätze des § 286 ein, da diese Kausalbeziehung, die einen Teil des Haftungsgrundes bilde, nach § 286 zu behandeln sei.

Wieczorek legt dar⁽²⁹⁴⁾, in § 287 entscheide die freie Überzeugung. Das sei ein freierer Spielraum über § 286 hinaus und nicht der hohe Grad der Wahrscheinlichkeit, der beim Beweis nach § 286 erforderlich sei⁽²⁹⁵⁾.

Im Hinblick auf die Frage der Anwendung des § 287 auf Kausalitätsprobleme stellt er unter Heraushebung der besonderen Bedeutsamkeit der Abgrenzung zwischen § 286 und § 287 fest, § 287

(294) ZPO, 2. Aufl., § 287 RN C III

(295) Bei diesen zur Frage des Beweismaßstabes gehörenden Behauptungen bleibt Wieczorek allerdings die Erklärung für seine Meinung schuldig.

§ 7 IV 1

gelte nur für die Feststellung der Schadenshöhe, nicht für die des Schadensgrundes⁽²⁹⁶⁾.

Eingehend darauf, daß von der - prinzipiell nicht einheitlichen - Rechtsprechung § 287 auf die "haftungsausfüllende Kausalität" angewendet werde, meint er unter Hinweis auf diverse Entscheidungen, es sei jedenfalls in den Grenzfällen schwierig zu beurteilen, wieweit im einzelnen der konkrete Haftungsgrund von der haftungsausfüllenden Ursächlichkeit zu trennen sei⁽²⁹⁷⁾.

Nach Thomas-Putzo⁽²⁹⁸⁾ fallen der Tatbestand der schädigenden Handlung und das Betroffensein des Klägers (konkreter Haftungsgrund, haftungsbegründende Kausalität) nicht unter § 287, sondern unter § 286. Nach § 287 sei der Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem entstandenen Schaden, die sogenannte haftungsausfüllende Kausalität, zu beurteilen, auch wenn es sich um die Auswirkungen des Haftungsgrundes bei einem nachfolgenden Zweitunfall handele.

Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann⁽²⁹⁹⁾ vertreten die Ansicht, § 287 erweitere bei Ersatzprozessen den Umfang der richterlichen Würdigung über die Grenzen des § 286 hinaus, weil ein strenger Beweis da oft kaum zu führen und der Schuldner⁽²⁹⁶⁾ a.a.O., § 286 RN E I a 3
⁽²⁹⁷⁾ a.a.O. (296)
⁽²⁹⁸⁾ ZPO, 8. Aufl., § 287 Anm. 1 a), c)
⁽²⁹⁹⁾ ZPO, 34. Aufl., § 287 Anm. 1) A und 2) A

§ 7 IV 1

der Verursacher der Beweisnotlage sei. § 287 betreffe Entstehung und Höhe des Schadens, nicht das schädigende Ereignis (Haftungsgrund). Obwohl die Verursachung an sich zum schädigenden Ereignis gehöre, unterwerfe sie Rechtsprechung und Lehre ziemlich einmütig aus praktischen Gründen dem § 287, sodaß bei Bejahung erheblicher Wahrscheinlichkeit, die dem Richter hier entgegen § 286 zu freier Überzeugungsbildung ausreiche, der ursächliche Zusammenhang bejaht werden könne.

Rosenberg-Schwab⁽³⁰⁰⁾ klären im Zusammenhang mit der Frage, ob und auf welchen Kausalzusammenhang § 287 ZPO anwendbar sei, was sie unter Haftungsgrund verstehen. In Auseinandersetzung mit den noch darzustellenden Meinungen von Hanau und Arens legen sie fest, daß die bloße Gefährdung eines Rechtsguts noch keine Haftung begründe, ebensowenig der bloße Verstoß gegen eine Verhaltenspflicht. Vielmehr müsse immer ein Eingriff in den geschützten Rechtskreis eines anderen hinzutreten, sodaß Haftungsgrund die durch eine Handlung des Beklagten verursachte Verletzung eines absoluten Rechts oder Rechtsguts bzw. (wo eine solche nicht erforderlich ist) des Vermögens sei. Erst die Frage, ob hieraus ein in Geld bewertbarer Schaden entstanden sei, unterliege der erleichterten Feststellung nach § 287.

(300) Zivilprozeßrecht, 12. Aufl. § ~~106~~
115 II

§ 7 IV 1

Eine Anwendung des § 287 auf die Feststellung des Haftungsgrundes wird also abgelehnt. Hingegen sei § 287 anwendbar auf die Frage, ob aus dem nach § 286 zu beweisenden Haftungsgrund ein Vermögensschaden entstanden sei und wie hoch sich dieser Schaden belaufe. Daß Rechtsprechung und Literatur in diesem Zusammenhang von haftungsausfüllender Kausalität sprächen, sei nicht zutreffend, da nicht alle Fälle der sog. haftungsausfüllenden Kausalität dem § 287 unterstellt werden könnten.

Interessant erscheint es hier, sich einmal mit einer Stimme der Zeit kurz nach Verkündung der Zivilprozeßordnung zu befassen. Endemann⁽³⁰¹⁾ führt aus, von der Verpflichtung zum Ersatz des Schadens oder des Interesses handle § 260 (jetzt § 287, d.Verf.) nicht. Diese Verpflichtung entscheide sich nach dem bürgerlichen Recht, welches auch für die Definition des Schadens oder des Interesses maßgebend sei. Die Feststellung der Tatsachen, aus denen sich der Schadensersatzanspruch ergeben soll, und ebenso die Erkenntnis des Kausalzusammenhanges zwischen dem Anspruch und seiner angeblichen Ursache erfolge auf Grund des § 259 (jetzt § 286, d.Verf.) nach freier Überzeugung. Was § 260 speziell verordne, betreffe die Frage 1), ob überhaupt ein Schaden entstanden, und 2), wie hoch sich dieser belaufe. In beiden Richtungen würde das Gericht auch schon nach

(301) Der deutsche Zivilprozeß, 1879, Band 2, S. 74,75

§ 7 IV 1

§ 259 seiner freien Überzeugung zu folgen haben; allein man habe es doch für nötig erachtet, darauf gleichsam noch intensiver hinzuweisen und zugleich besondere Mittel zur Erzielung der Feststellung an die Hand zu geben. Im weiteren wird dann noch einmal sudrücklich erklärt, daß das Gericht zu den Mitteln des § 287 erst dann greifen dürfe, wenn die Existenz des Schadensanspruches feststehe.

Lent-Jauernig halten die Stellung des Gerichts über § 286 hinaus im Fall des § 287 für noch freier⁽³⁰²⁾. Dabei grenzen sie den Bereich des § 287 in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ab, indem sie ihn anwenden wollen, wenn streitig sei, ob der konkrete Haftungsgrund überhaupt einen Schaden herbeigeführt habe und wie hoch der Schaden sei. Bei der Frage, ob der konkrete Haftungsgrund vorliege, also z.B. das schadenstiftende Ereignis den Ersatzbegehrenden überhaupt betroffen habe, sei § 287 nicht anwendbar. Was mit dem der BGH-Rechtsprechung entnommenen Begriff "betroffen" gemeint sei, erläutern Lent-Jauernig allerdings nicht.

Nach Blomeyer⁽³⁰³⁾ ist zur Abgrenzung von

(302) Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., S. 150

(303) Zivilprozeßrecht, S. 366

§ 7 IV 1

§ 286 bei der Schadensentstehung, d.h. dem Ursachenzusammenhang zwischen haftbarem Verhalten und Schaden, der Unterschied zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität zu beachten. Die haftungsbegründende Kausalität sei die Verursachung des Erfolgs, der den Täter erst haftbar mache, die haftungsausfüllende setze seine Haftbarkeit voraus. Soweit die Schadensverursachung zum konkreten Haftungsgrund gehöre, sei sie nach § 286 zu beweisen; § 287 beziehe sich nur auf die Folgen des festgestellten haftbar machenden Verhaltens⁽³⁰⁴⁾.

Auch Bergerfurth⁽³⁰⁵⁾ verlangt, der Haftungsgrund - gleich aus welchem rechtlichen Gesichtspunkt - müsse feststehen, ehe das Gericht nach § 287 entscheiden dürfe. Dabei steht nach seiner Meinung der Haftungsgrund dann fest, wenn der Anspruchsteller von dem schädigenden Ereignis betroffen ist. Wenn dies der Fall sei, könne das Gericht frei würdigen, ob zwischen dem Haftungsgrund und dem Schaden ein Kausalzusammenhang

(304) wie (303), S. 366, 367

(305) Der Zivilprozeß, 2. Aufl., RN 377

§ 7 IV 1

bestehe und in welcher Höhe der Schaden entstanden sei.

Grunsky⁽³⁰⁶⁾ nennt als Voraussetzung zur Leistung von Schadensersatz einen unberechtigten Eingriff in einen fremden Rechtskreis und einen dadurch bewirkten Schaden. Dabei umfasse die sog. haftungsbegründende Kausalität die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten zu einem Eingriff in einen fremden Rechtskreis geführt habe; die sog. haftungsausfüllende Kausalität betreffe die Frage, ob daraus ein meßbarer Schaden entstanden und wie groß dieser beziehendenfalls sei⁽³⁰⁷⁾.

(306) Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl.,
S. 454

(307) wie (306), S. 455

§ 7 IV 2

2. Die Spezialliteratur

In der Spezialliteratur vertreten zwar außer Prölss alle Autoren die Ansicht, § 287 ZPO sei auch auf die Kausalität anwendbar. Die Meinungen, wie dies zu geschehen habe und vor allem, welche Art von Kausalität umfaßt werde, sind jedoch sehr unterschiedlich.

Wassermeyer⁽³⁰⁸⁾ legt sich nicht fest. Er zeigt lediglich auf, daß nach der Rechtsprechung § 287 von jeher auch auf die Feststellung des Kausalzusammenhanges angewandt werde, obwohl der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Täters und dem entstandenen Schaden einen Teil des verpflichtenden Tatbestandes bilde und obwohl sich § 287 nach seinem Wortlaut eindeutig auf die Frage beziehe, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch er sich belaufe. Jedenfalls erfordere die Feststellung des Kausalzusammenhanges, gleich, ob man sie nun aus § 286 oder aus § 287 herleite, wie jeder andere Beweis den Ausspruch der Überzeugung.

Klauser⁽³⁰⁹⁾ geht davon aus, § 287 ZPO diene in erster Linie dazu, dem Geschädigten den Nachweis seines Schadens zu erleichtern. Diese Beweiserleichterung gelte auch für den Kausal-

(308) Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen, S. 71

(309) Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung (§ 287 ZPO); JZ 1968, 167 ff

§ 7 IV 2

zusammenhang zwischen dem schadensstiftenden Ereignis, dem sog. konkreten Haftungsgrund, der nach § 286 ZPO nachzuweisen sei, und dem behaupteten Schaden (sog. haftungsausfüllende Kausalität). Dabei läßt sich seiner Stellungnahme zu der Entscheidung des BGH im Tuberkulosefall entnehmen, daß nach seiner Meinung bereits die Gefährdung der Gesundheit ein Betroffensein im Sinne der Rechtsprechung des BGH darstellen kann, sodaß nach § 287 ZPO festgestellt werden müsse, ob die Nichtisolierung zur Ansteckung mit Tuberkulose geführt habe.

Hainmüller⁽³¹⁰⁾ wendet § 287 ZPO auf die haftungsausfüllende Kausalität an. Er trennt aber sehr genau zwischen Haftungsgrund und Haftungsausfüllung. Im Rahmen des Haftungsgrundes habe § 287 ZPO nichts zu suchen⁽³¹¹⁾. Die haftungsbegründende Kausalität endet bei ihm grundsätzlich erst bei der Schädigung, dem Erfolg der Handlung oder des Unterlassens also, der Bedingung für den Schaden geworden sein muß. Jedweder Kausalzusammenhang von der Handlung bis zum haftungsbegründenden Erfolg, der Schädigung also, ist nach § 286 ZPO zu behandeln. Da Schädigung und Schaden stets zu trennen seien, passe § 287 ZPO auf jene, d.h. den Nachweis des Erfolges, nicht, zumal es dort keine "Höhe",

(310) Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, Band 1, S. 145 ff.

(311) a.a.O. (310) S. 148

§ 7 IV 2

keine Schätzung u.ä. gebe. Passe jedoch § 287 ZPO schon auf die Schädigung (Erfolg) nicht, so erst recht niemals auf den Kausalzusammenhang, dessen strukturelles Ende sie bilde⁽³¹²⁾.

Schneider⁽³¹³⁾ wendet § 287 ZPO auf die haftungsausfüllende Kausalität an, die er als den Ursachenzusammenhang zwischen der Rechtsbeeinträchtigung und dem Schaden bezeichnet⁽³¹⁴⁾. Später⁽³¹⁵⁾ legt er dar, daß nach allgemeiner Meinung unter § 287 ZPO auch die Beurteilung des Kausalzusammenhangs zwischen dem Verhalten des Täters und dem entstandenen Schaden falle, wobei er jedoch die Entscheidung des BGH vom 13. 12. 1951⁽³¹⁶⁾ als klarstellende Entscheidung zu beachten empfiehlt.

Gaupp⁽³¹⁷⁾, der sich mit der Anwendbarkeit des § 287 ZPO auf Kausalprobleme innerhalb der Spezialproblematik des Arzthaftungsprozesses befaßt, spricht sich für eine strenge Unterscheidung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität im Hinblick auf die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 286

(312) a.a.O. (310) S. 147

(313) Beweis und Beweiswürdigung, § 13

(314) a.a.O. (313) S. 46

(315) a.a.O. (313) S. 60

(316) BGHZ 4, 192; siehe oben II 2. b)

(317) Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse S. 24 ff

§ 7 IV 2

und § 287 ZPO aus. Dabei unterscheidet er zunächst hinsichtlich der Schadensersatztatbestände erfolgsbezogene (z.B. § 823 Abs. 1 BGB), handlungsbezogene (z.B. § 823 Abs. 2 BGB) und solche, wo der haftungsbegründende Tatbestand an das Verhalten des Schädigers anknüpft (z.B. § 839 BGB)⁽³¹⁸⁾. Da jedoch die Hauptbedeutung des Haftungsgrundes namentlich im Hinblick auf die §§ 286, 287 ZPO darin bestehe, die Rechtsbeziehung zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten eindeutig zu fixieren, müsse in jedem Falle der "Ersterfolg" des pflichtwidrigen Verhaltens dem haftungsbegründenden Bereich eingeordnet werden; im Rahmen des Haftungsgrundes entscheide sich nicht nur, ob ein Haftungstatbestand erfüllt worden sei, sondern auch, wem gegenüber dies mit der Ersatzpflicht begründender Wirkung geschehen sei⁽³¹⁹⁾. Somit sei der erste Schadenserfolg stets Endpunkt der haftungsbegründenden Kausalbeziehung, während die weiteren Schadenserfolge zum haftungsausfüllenden Bereich zählten⁽³²⁰⁾.

Hanau⁽³²¹⁾ unterscheidet zwischen sog. Eingriffstatbeständen (z.B. § 823 Abs. 1 BGB) und sog. Verhaltensnormtatbeständen (z.B. § 839 BGB).

(318) wie (317) S. 37, 38

(319) wie (317) S. 41

(320) wie (317) S. 106

(321) Kausalität der Pflichtwidrigkeit, S. 119 ff

§ 7 IV 2

Im Verhaltensnormtatbestand begründe bereits die Fehlsteuerung der Handlung, also die Verletzung der Verhaltenspflicht, und nicht erst die Verursachung eines bestimmten Erfolges, Unrecht und Haftung, sodaß hier eine haftungsbegründende Kausalität nicht gegeben sei⁽³²²⁾. Beim Eingriffstatbestand sei zwar ein haftungsbegründender Kausalzusammenhang unerläßlich, wenn man die Rechtsverletzung, wie es eben Hanau vertritt, schon mit der unmittelbaren Gefährdung des Rechtsguts einsetzen lasse. Die haftungsbegründende Kausalität verkümmere in diesem Fall, da sie von der schuldhaften Handlung nur bis zur unmittelbaren Gefährdung des Rechtsguts reiche; ob der Schaden tatsächlich aus der rechtswidrig herbeigeführten Gefährdung des Rechtsguts hervorgegangen sei, betreffe dann schon die haftungsausfüllende Kausalität⁽³²³⁾.

Arens⁽³²⁴⁾, der eine äußerst gründliche Abwägung und Erhellung der Problematik der Anwendung des § 287 ZPO vornimmt, wendet sich letztlich im wesentlichen gegen eine Beschränkung der Anwendung des § 287 ZPO auf die Fragen der Schadenshöhe. Er sieht das Hauptproblem in der Suche nach brauchbaren Merkmalen für die Ab-

(322) wie (321) S. 121

(323) wie (321) S. 122

(324) Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung, ZZP Bd. 88, 1 ff

§ 7 IV 2

grenzung von haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität, wobei er das Kriterium "Betroffensein", nach welchem er die BGH-Rechtsprechung durchforstet, nicht für geeignet hält⁽³²⁵⁾.

Arens sucht ähnlich wie Hanau Abgrenzungskriterien im materiellen Recht, nämlich in der Eigenart des Haftungstatbestandes. Auch er unterscheidet nach den sog. Eingriffstatbeständen und den sog. Verhaltensnormtatbeständen, wobei er bei den Eingriffstatbeständen die Kausalität zwischen Handlung und Schaden dem Haftungsgrund zurechnen möchte, bei den Verhaltensnormtatbeständen jedoch dazu neigt, die Verletzung der Verhaltenspflicht als Haftungsgrund ausreichen zu lassen. Hinsichtlich der sog. Zweitverletzungen spricht er sich dafür aus, diese als neues Schadensereignis anzusehen, an das sich neue Schäden anknüpfen können, und nicht nur als einen Schadensposten im Rahmen der Folgen der Erstverletzung⁽³²⁶⁾.

Während Hanau und Arens noch nach Haftungstatbeständen unterscheiden, zieht Werner⁽³²⁷⁾ die Grenze zwischen dem Anwendungsbereich des § 286 und dem des § 287 zwischen der Handlung einerseits und dem ursächlichen Zusammenhang zwischen

(325) wie (324) S. 47

(326) wie (324) S. 43

(327) Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, S. 38, 39

§ 7 IV 2

Handlung und Erfolg andererseits. Er plädiert für einen "zweigliedrigen Geschehensablauf" und dehnt die Anwendbarkeit des § 287 unter Einschränkung des § 286 noch auf die Kausalität zwischen Handlung und Erfolg aus. Für seine Auffassung spreche die höhere Praktikabilität. Subtile - und häufig falsche - Unterscheidungen von schädigendem Ereignis und Schaden und der damit verbundenen Differenzierung von haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität würden hinfällig, da das Gesetz in den anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmalen aufzähle, was zur Handlung gehöre. Diese Ansicht verstoße auch nicht gegen die Interessen des Schädigers. Der Vorwurf, einem gesetzlichen Gebot oder Verbot nicht entsprochen zu haben, dürfe nur nach den allgemeinen Beweiswürdigungsgrundsätzen des § 286 festgestellt werden; die Folgen der verwerfbaren Handlung, der Erfolg, begründeten dagegen nicht den Vorwurf des Unrechts; sie seien vielmehr ausschließlich Maßstab dessen, wofür der Schädiger einzustehen habe. Das Risiko des Entstehens gehe der Schädiger aber durch seine Handlungen ein⁽³²⁸⁾.

Stoll⁽³²⁹⁾ wendet sich gegen eine Ausweitung der Anwendung des § 287 ZPO, wie sie die soeben dar-

(328) wie (327), S. 40

(329) Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, S. 185

§ 7 IV 2

gelegten Meinungen für richtig halten. Er spricht ganz klar aus, daß keineswegs die konkrete Gefährdung des Rechtsguts bereits als Verletzung angesehen werden könne. Konkreter Haftungsgrund sei aber stets die Verletzung des von der Haftungs- norm geschützten Rechtsgutes. Der Schutz bestimm- ter Rechtsgüter und nicht etwa das Verbot bestimm- ter Verhaltensweisen sei der Ausgangspunkt jeder zivilrechtlichen Haftungsnorm, die stets zu- gleich das Werturteil in sich trage, daß der Eingriff in das von ihr geschützte Rechtsgut für den Betroffenen regelmäßig nachteilig sei. Die Vorschrift des § 287 ZPO beruhe auf diesem Werturteil und konkretisiere es. Ausnahmslos konstituiere erst die Verletzung des von der Verhaltensnorm geschützten Rechtsguts die Haf- tung. Stoll wendet sich ausdrücklich gegen Auf- fassungen, wonach die Struktur des Haftungs- tatbestandes - Eingriffs- oder Verhaltensnorm- tatbestand - den Anwendungsbereich des § 287 ZPO präjudiziere.

Wie schon dargelegt⁽³³⁰⁾ vertritt allein Prölss⁽³³¹⁾ die Ansicht, daß auch der sog. haftungsausfüllende Kausalzusammenhang nicht nach § 287 ZPO beurteilt werden dürfe. Insoweit könne der bisher unange- fochtenen Meinung nicht zugestimmt werden. Prölss gelangt zu dieser Ansicht von seiner eingehend begründeten Meinung her, § 287 sei allein dazu

(330) siehe oben I

(331) Beweiserleichterungen im Schadensersatz- prozeß, S. 58

§ 8 I

da, daß der Richter den Schadensersatzanspruch nicht nur wegen seiner quantitativen Unbestimmtheit abweisen müsse, weil die Unmöglichkeit der Aufklärung der genauen Schadenshöhe gegenüber dem Verwirklichungsinteresse nicht ins Gewicht falle⁽³³²⁾.

Damit mag es mit der Darstellung der Literatur sein Bewenden haben.

§ 8 Notwendigkeit und Möglichkeiten der Auslegung des § 287 ZPO im Hinblick auf seine Anwendung auf Kausalitätsprobleme

Ehe nun die endgültige Auseinandersetzung mit der dargestellten Rechtsprechung und den dazu vorhandenen Meinungen erfolgt, erscheint es notwendig, kurze Überlegungen darüber anzustellen, ob denn §287 ZPO überhaupt einer Auslegung bedarf und wenn ja, welche Möglichkeiten der Auslegung hier denkbar sind.

I. Auslegungsnotwendigkeit

Auslegen - so definiert es Larenz⁽³³³⁾ - sei ein vermittelndes Tun, durch das sich der Auslegende

(332) wie (330) S. 55

(333) Methodenlehre, 3. Aufl., S. 298

§ 8 II

den Sinn eines Textes, der ihm problematisch geworden sei, zum Verständnis bringe. Dabei werde dem Anwender der Normtext im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Norm auf einen bestimmten Sachverhalt problematisch.

Daß gerade bei der Frage der Anwendbarkeit des § 287 ZPO auf Kausalitätsprobleme jene Problematik, wie sie soeben aufgezeigt wurde, vorhanden ist, bedarf keiner allzu weiten Ausführungen. Allein die - gerade auch im Hinblick auf das Verständnis der Problematik so ausführlich gestaltete - Darlegung der Rechtsprechung der höchsten Gerichte und der Literaturmeinungen zeigt zur Genüge, daß die Frage der Anwendung des § 287 ZPO auf die Feststellung von Ursachenzusammenhängen problematisch ist. Daß also diese Vorschrift einer Auslegung bedarf, erscheint klar.

II. Auslegungsmöglichkeiten

Wie nun eine Vorschrift auszulegen sei, lehrt uns die Methodenlehre. Dabei würde es hier zu weit führen, die diversen Theorien über das Ziel der Gesetzesauslegung darzustellen. Vielmehr sollen die von Larenz⁽³³⁴⁾ herausgearbeiteten Auslegungskriterien für die Auslegung

(334) Methodenlehre, S. 397 ff

§ 8 II 1

herangezogen werden, zumal diese als allgemein gültig angesehen werden können und z.B. bei Engisch⁽³³⁵⁾ in vergleichbarer Weise erscheinen; auch Zippelius⁽³³⁶⁾ übernimmt diese Kriterien unter der Bezeichnung "klassische Auslegungsmittel".

1. Auslegung nach dem Wortsinn

Nicht selten wird behauptet, daß die Beurteilung der Frage, ob der Kausalnexus vorhanden sei, auch im Wortlaut der Vorschrift des § 287 ihren Niederschlag gefunden habe⁽³³⁷⁾.

Selbst wenn dem so wäre, wäre damit natürlich noch lange nichts darüber ausgesagt, welcher Kausalnexus vom Wortlaut des § 287 ZPO gedeckt sein soll.

Jedoch läßt der Wortlaut dieser Vorschrift hinsichtlich der Frage ihrer Anwendung auf Kausalzusammenhänge alles offen. Es heißt ganz einfach, "ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden belaufe". Aus diesem Wörtchen "ob" will man anscheinend schließen, es beziehe sich

(335) Einführung S. 92 ff

(336) Einführung in die juristische Methodenlehre, S. 53

(337) vgl. z.B. Klauser, Möglichkeit und Grenze JZ 68, 167; Arens, Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung, S. 4 in Fußnote 4; sehr deutlich RGZ 10, 64, 65

§ 8 II 1

auf irgendeinen Kausalzusammenhang.

Im Grund handelt es sich bei dem Wörtchen "ob" um nichts weiter als um die Einleitung eines fragenden, zweifelnden oder Ungewißheit ausdrückenden Nebensatzes⁽³³⁸⁾. Es vereinigt in sich hypothetische und fragende Bedeutung und kann gelegentlich kausaler Bedeutung nahekommen⁽³³⁹⁾.

Auch wenn man diesen oben zitierten Satz der Vorschrift des § 287 ZPO nach dem ganz normalen Sprachgebrauch betrachtet, läßt sich nichts darüber aussagen, inwieweit hier durch das Wörtchen "ob" Kausalzusammenhänge gemeint sein sollten. Dieses Wörtchen "ob" kann genauso verstanden werden als der Nullpunkt des Schadens. Dann könnte man mit Fug und Recht die Ansicht vertreten, § 287 ZPO würde sich vom Wortsinn her nur auf die Höhe des Schadens beziehen, nämlich auf die Frage, ob der Nullpunkt überschritten und wie hoch er überschritten ist.

Insoweit könnte man den Wortlaut dahingehend ergänzen, ob überhaupt ein Schaden entstanden sei und - wenn ja - wie hoch er sich belaufe.

Sollte der Wortlaut darauf schließen lassen, § 287 ZPO wolle Kausalität umfassen, dann wäre

(338) vgl. Weigand, Deutsches Wörterbuch, S. 223

(339) Behagel, Deutsche Syntax, S. 233 ff

§ 8 II 2

es zweckmäßig gewesen, wenn er eine Fassung etwa folgender Art erhalten hätte:

"Ist unter den Parteien streitig, ob das Verhalten des Schädigers zu einem Schaden geführt hat und wie hoch sich dieser Schaden beläuft..."

Hier hätte dann durch die doppelte indirekte Frage, die mit dem Wörtchen "ob" eingeleitet ist, Klarheit bestanden.

Der Wortlaut des § 287 ZPO läßt also hinsichtlich der interessierenden Frage alles offen. Eine Auslegung anhand des Wortsinns führt nicht weiter.

2. Auslegung nach dem Bedeutungszusammenhang des Gesetzes

Auch das Kriterium des Bedeutungszusammenhangs, welches in erster Linie die Berücksichtigung des Kontextes, darüber hinaus jedoch auch die sachliche Übereinstimmung der Bestimmungen innerhalb einer Regelung sowie die Berücksichtigung der äußeren Anordnung des Gesetzes und der ihr zugrundeliegenden begrifflichen Systematik verlangt⁽³⁴⁰⁾, gibt nicht viel her. Allenfalls könnte man aus dem Zusammenhang des

(340) vgl. Larenz a.a.O. S. 315

§ 8 II 2

§ 287 Abs. 1 und des § 287 Abs. 2 gewisse Schlüsse ziehen insoweit, als in Absatz 2 lediglich auf die Höhe der Forderung verwiesen wird und dazu noch in gewissem Sinne die Rechtfertigung der Anwendung des Abs. 1 auf die in Abs. 2 genannten Fälle gegeben wird, wenn ausgeführt ist, daß die vollständige Aufklärung aller hierfür (für die Höhe der Forderung) maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden sein muß, die zu der Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung in keinem Verhältnis stehen. Man könnte also aus dem Absatz 2 des § 287 ZPO schließen, daß Absatz 1 eben auch nur dafür da sei, den Anspruch nicht an quantitativen Unbestimmtheiten scheitern zu lassen. Diese Auslegung wäre jedoch deswegen verfehlt, weil Abs. 2 die Vorschriften des Abs. 1 für die in Abs. 2 genannten Fälle für entsprechend anwendbar erklärt. Wenn also in Abs. 2 eine Einschränkung auf die Höhe zu erblicken wäre, dann könnte dies nur auf die Fälle des Abs. 2 bezogen sein. Eine Einschränkung des Abs. 1 durch Abs. 2 ist nicht denkbar.

Auch aus dem Verhältnis der in engem Zusammenhang stehenden Vorschriftendes § 286 und des § 287 ZPO läßt sich für die hier interessierende Frage nichts entnehmen. Wieweit nämlich § 287 als Ausnahmeregelung zu § 286 in seinem Anwendungsbereich geht, ergibt sich nicht aus einer Zusammenschau dieser beiden Vorschriften. Lediglich - und das wurde im zweiten

§ 8 II 3

Teil bereits dargelegt - die Tatsache, daß § 287 ZPO im Verhältnis zu § 286 ZPO eine Ausnahme-regelung darstellt, gebietet eine einengende Auslegung des § 287 ZPO.

Hierüber wird jedoch später noch zu reden sein.

3. Auslegung nach der Regelungsabsicht, den Zwecken und den Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers

Befassen wir uns nun mit dem "historischen" Element der Auslegung⁽³⁴¹⁾. Ausweislich der Ausführungen in den Materialien⁽³⁴²⁾, sollte auch die sog. "quaestio an" "dem freien Ermessen des Gerichts überwiesen" werden. Die Frage nach der Höhe des Schadens sei von der Frage nach der Existenz desselben vielfach nicht zu trennen, sodaß auch über die Frage, ob ein Schaden entstanden sei, nach freier Überzeugung zu entscheiden sei.

Die Materialien führen hierzu noch genauer aus:

"Die Entscheidung über die Frage, ob der Gegner zur Leistung des Schadensersatzes oder des Interesses verpflichtet sei,

(341) Larenz, a.a.O. S. 315

(342) Hahn, Die gesamten Materialien, S. 277

§ 8 II 3

wird durch den § 250 (jetzt 287) nicht berührt. Die Tatsachen, auf welche diese Verpflichtung gegründet wird, sind wie die sonstigen bestrittenen Tatsachen zu beweisen. Dagegen unterliegt die Beurteilung der Frage, ob der Kausalnexus vorhanden ist, dem freien Ermessen des Gerichts." (345).

Damit scheint der Gesetzgeber den Willen gehabt zu haben, einen bestimmten Kausalzusammenhang über § 287 ZPO behandeln zu lassen. Freilich darf nicht übersehen werden, daß in dem soeben zitierten Abschnitt sehr deutlich zum Ausdruck gebracht ist, daß die Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zum Schadensersatz gegründet wird, nicht nach § 287 ZPO bewiesen werden könnten. Es ist also schwer zu entscheiden, welchen Kausalzusammenhang hier die Materialien im Auge hatten.

Von Interesse erscheinen hier wiederum die Verhandlungen des 6. Deutschen Juristentages⁽³⁴⁴⁾. Lehmann geht in seinem damaligen Gutachten⁽³⁴⁵⁾ davon aus, daß es dahingestellt bleiben könne, ob es geboten sei, die Fragen über die Existenz des Schadens und über die Bestimmung seiner Höhe getrennt zu halten, da beide Fragen mindestens in der Regel in eine zusammenfallen würden⁽³⁴⁶⁾.

(343) Hahn, a.a.O., S. 277

(344) Verhandlungen des 6. Deutschen Juristentages, 2. Band, S. 248 ff

(345) Lehmann, Gutachten S. 7 ff

(346) Lehmann, a.a.O. S. 12

§ 8 II 3

Sowohl der Antrag Linckes⁽³⁴⁷⁾ wie auch die Ausführungen Lehmann's deuten darauf hin, daß nicht daran gedacht war, jemals über den Kausalzusammenhang zwischen schädigender Handlung und schädigendem Erfolg nach § 287 ZPO entscheiden zu lassen. Vielmehr sprechen sie dafür, daß eben nur die Frage, ob der schädigende Erfolg beim Geschädigten einen Schaden hervorgerufen hat und wie hoch dieser gewesen sei, dem § 287 ZPO unterstellt werden sollte.

Hierfür spricht auch die Diskussion des damaligen Juristentages. Es wurden verschiedene Anträge gestellt, die immer wieder in diese Richtung zielten. So erscheint besonders interessant der Antrag des damaligen Berichterstatters Dr. Schaffrath, der wie folgt lautete:

"In jedem Falle, in welchem die Verpflichtung zum Schadensersatz in rechtlicher Gewißheit beruht, ist der Betrag des Schadensersatzes von dem Richter nach seiner freien Überzeugung festzusetzen."

All diese Quellen scheinen mir darauf hinzuweisen, daß der Gesetzgeber nicht soweit gehen wollte, wie dann das Reichsgericht in seinen ersten Entscheidungen gegangen ist. In den oben⁽³⁴⁸⁾ aufgezeigten früheren Entscheidungen des Reichsgerichts hat dieses unter ausdrück-

(437) siehe oben S. 29, 30

(348) § 7 II 1 a, b und c

§ 8 II 3

licher Bezugnahme auf die Motive nicht nur die Frage nach der Existenz des Schadens mit § 287 ZPO gelöst, sondern eindeutig auch den Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Handeln bzw. Unterlassen und Erfolg dem § 287 ZPO unterstellt.

Die rein historische Auslegung führt m.E. also dazu, daß der Gesetzgeber ursprünglich nur jene Frage, ob beim Geschädigten tatsächlich ein Schaden entstanden sei, also die Frage nach der Existenz des Schadens als solche, über § 287 ZPO gelöst wissen wollte. Insoweit hier überhaupt ein Kausalnexus zu sehen ist, kann es sich doch nur um den zwischen schädigendem Erfolg und Schaden handeln, nämlich die Frage, ob der bestimmte schädigende Erfolg auch für einen bestimmten Schaden ursächlich geworden sei. Freilich bedarf es zum besseren Verständnis dieser Ausführungen noch genauerer Untersuchungen über den Tatbestandsaufbau und über die Frage, inwiefern § 287 ZPO vom Aufbau der materiellen Tatbestände abhängig ist oder nicht.

Die Teleologie des historischen Gesetzgebers ist freilich zumindest auch darin zu sehen, daß es dem Schadensersatzkläger leichter gemacht werden sollte, seinen Schadensersatzanspruch zu realisieren⁽³⁴⁹⁾. Insoweit liegt also der

(349) vgl. z.B. Hahn, a.a.O. S. 286

§ 8 II 4

Zweck der Norm aus der Sicht des historischen Gesetzgebers zumindest auch darin, Beweiserleichterungen für den Schadensersatzkläger zu schaffen. Damit ist aber noch nicht zum Ausdruck gebracht, auf welche Merkmale des materiellen Schadensersatztatbestandes sich diese Beweiserleichterungen beziehen sollten.

4. Auslegung nach objektiv - teleologischen Kriterien

Wendet man sich vom historischen Gesetzgeber und dessen Willen ab und versucht, § 287 im Hinblick auf die Kausalitätsfrage nach objektiv-teleologischen Kriterien auszulegen, so sind auch hier endgültige Ergebnisse nicht zu erzielen. Die der Norm des § 287 ZPO innewohnende objektive Zielrichtung ist im wesentlichen nicht anders zu beurteilen wie die oben dargestellte, dem Willen des historischen Gesetzgebers entsprechende. § 287 ZPO wird neben § 286 ZPO natürlich nur dann verständlich, wenn sein Ziel darauf gerichtet ist, in Abweichung von § 286 ZPO für den Schaden ein erleichtertes Beweisverfahren einzuführen, wobei Beweiserleichterung für den Kläger und Vereinfachung des Verfahrens aus Gründen der Prozeßökonomie als erkennbare Kriterien nebeneinander stehen. Diese Zielrichtung gebietet aber von sich aus weder eine Einschränkung noch eine Ausweitung

§ 8 II 5

im Hinblick auf Kausalitätsfragen. Beide Kriterien sind gleichermaßen geeignet, nur die Schadenshöhe, nur den Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und Schaden oder auch einen weiteren Kausalzusammenhang zu betreffen. Da in anderen verfahrensrechtlichen Gesetzen entsprechende Regelungen nicht enthalten sind, lassen sich objektiv teleologische Kriterien auch nicht herausfinden durch Vergleich in der Richtung, daß Gleichartiges prinzipiell gleich behandelt werden müßte⁽³⁵⁰⁾.

Allenfalls die "ratio legis" im weiteren Sinne könnte hier weiterhelfen. Es wird daher bei der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung unter Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten ganz wesentlich darauf anzukommen haben, ob die ratio legis eine Ausweitung des § 287 ZPO auf Kausalzusammenhänge rechtfertigt oder nicht. Hier wird eine ganz entscheidende Frage zu beantworten sein.

5. Auslegung im Hinblick auf die Verfassung
(Gebot der verfassungskonformen Auslegung)

Wenngleich die Vorschrift des § 287 ZPO unterschieden älter ist als das Grundgesetz der

(350) Larenz a.a.O., S. 323

§ 8 II 5

Bundesrepublik Deutschland, hat natürlich jede Auslegung eines unterverfassungsmäßigen Rechts-satzes in Übereinstimmung mit den verfassungs-rechtlichen Grundsätzen zu geschehen⁽³⁵¹⁾.

Dabei kann hier die Frage der Anwendung des § 287 ZPO auf Kausalitätsprobleme relevant erscheinen im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG. Nach dieser grundsätzlichen Vorschrift ver-bietet sich eine Doppelbestrafung. Wohl kann man daraus auch den Grundsatz ableiten, daß eine Bestrafung nur auf Grund der Strafgesetze möglich ist. Dabei wird nicht übersehen, daß natürlich neben einem strafrechtlichen Ver-fahren auch ein Schadensersatzverfahren zivil-rechtlicher Art möglich ist⁽³⁵²⁾. Jedoch könnte die Ermittlung der Kausalität jedenfalls zwischen Verhalten des Schädigers und schadens-stiftendem Ereignis poenalisierenden Charakter insoferne haben, als dem Schädiger, der sich einmal rechtswidrig und schuldhaft verhalten hat, die "Strafe" auferlegt würde, daß dann im erleichterten Verfahren festgestellt wer-den könnte, daß dieses sein Verhalten auch zu einem Schaden geführt habe, den er ersetzen müsse. Diese Problematik wird uns ebenfalls noch zu beschäftigen haben.

(351) Larenz, a.a.O. S. 329

(352) vgl. Schmidt-Bleibtreu-Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl., Art. 103 Rn. 11

§ 9

Insgesamt läßt sich feststellen, daß eigentlich keines der gebräuchlichen Auslegungskriterien eine klare Antwort auf die hier interessierende Frage nach der Möglichkeit der Anwendung des § 287 ZPO auf Kausalitätsprobleme gibt. Lediglich die letztgenannten Kriterien können evtl. eine einschränkende Auffassung rechtfertigen.

§ 9 Die Rechtslage in Österreich und in der Schweiz

Bei der Erforschung des Inhalts einer Norm sollten vergleichbare Vorschriften des ausländischen Rechts nicht gänzlich unbeachtet bleiben. Dabei bieten sich hier allerdings nur zwei Vorschriften an, nämlich eine aus dem österreichischen und eine aus dem schweizerischen Recht. Bei manchen Verfassern⁽³⁵³⁾ wird zwar im Rahmen der Beweiswürdigung auch das Recht der nordischen Länder mitberücksichtigt; dies jedoch nicht bei der hier interessierenden Frage, inwieweit eine Beweiserleichterungsvorschrift auch auf Kausalitätsprobleme anwendbar ist, sondern bei der Frage der Überzeugungsbildung und hier vor allem des zu fordernden Wahrscheinlichkeitsgrades.

(353) z.B. Bruns, Zivilprozeßrecht, S. 275 ff;
Musielak, Grundlagen der Beweislast, S. 110 f.

§ 9 I

I. Das Österreichische Recht

In der österreichischen Zivilprozeßordnung entspricht der Vorschrift des § 287 ZPO der dortige § 273, der in seinem hier interessierenden Wortlaut folgende Fassung hat:

"Wenn feststeht, daß einer Partei der Ersatz eines Schadens oder des Interesses gebührt oder daß sie sonst eine Forderung zu stellen hat, der Beweis über den streitigen Betrag des zu ersetzenden Schadens oder Interesses oder der Forderung aber gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist, so kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen selbst mit Übergehung eines von der Partei angebotenen Beweises diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen."

Diese Vorschrift bezieht sich schon nach dem Wortlaut allein auf die Schadenshöhe. So führt denn auch Fasching⁽³⁵⁴⁾ aus, kein Raum für die Anwendung des § 283 öZPO bleibe dann, wenn die Forderung dem Grunde nach nicht feststehe; bei der Feststellung des Grundes einer Forderung könne die freie Überzeugung des Richters die erforderlichen Tatsachenfeststellungen nicht ersetzen. Es sei hier anders als nach § 287 der deutschen ZPO, wonach der Richter nach freier Überzeugung auch entscheiden könne, ob ein Ersatzanspruch überhaupt bestehe.

(354) Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen,
§ 273 ZPO, Anm. 4

§ 9 I

Es mag hier dahinstehen, ob Fasching § 287 ZPO richtig beurteilt. Jedoch sind § 287 der deutschen ZPO und § 273 der österreichischen ZPO in einem wesentlichen Punkte unterschiedlich. Während nach § 287 d. ZPO der Richter - so jedenfalls nach der hier vertretenen Ansicht - beweiswürdigend tätig wird und nach freier Überzeugung entscheidet, gibt § 273 ö.ZPO dem Richter die Möglichkeit, einen Betrag "festzusetzen". Dabei handelt es sich nicht um Beweiswürdigung, sondern um einen Akt "rechtlicher Beurteilung" im Rahmen eines "Ermessensbereiches"⁽³⁵⁵⁾. Schon von da aus ist es nicht recht vorstellbar, § 273 ö.ZPO auf Kausalitätsfragen anzuwenden. Erscheint es nämlich durchaus denkbar, nach freier Überzeugung über einen Kausalverlauf zu "entscheiden", so kann man doch nicht das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Kausalverlaufes "festsetzen".

§ 273 ö.ZPO meint also grundsätzlich etwas anderes wie § 287 d.ZPO, sodaß aus ihm und seiner Anwendung, die sich allein auf den Betrag und nicht auf den Grund der Forderung bezieht⁽³⁵⁶⁾, nichts gewonnen werden kann für die Auslegung des § 287 d.ZPO.

(355) vgl. Fasching, wie (354), Anm. 1 u. 2 ;
Stagel-Michlmayr, Österreichische Gesetze,
12. Aufl., § 273 ZPO, Anm. 4 mit weiteren
Nachweisen

(356) so auch Stagel-Michlmayer, wie (355), Anm. 3

§ 9 II

II. Das Schweizerische Recht

Die Rechtslage in der Schweiz ist insofern schwerer zu beurteilen, als dort neben dem Bundesrecht auch noch kantonales Recht besteht. Allerdings schaltet die hier allein interessierende bundesrechtliche Vorschrift, nämlich § 42 Abs. 2 OR, widersprechendes Kantonsrecht aus⁽³⁵⁷⁾.

§ 42 Abs. 2 OR bestimmt, daß der nicht ziffernmäßig nachweisbare Schaden nach Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen sei⁽³⁵⁸⁾. Diese Vorschrift bezieht sich schon vom Wortlaut her allein auf den Schadensbetrag, wobei sich nach Guldener⁽³⁵⁹⁾ der Schaden nach der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögen des Geschädigten und dem Bestand, den sein Vermögen ohne die Schädigung hatte, berechnet. Unter der Voraussetzung, daß der Schluß, es sei überhaupt ein Schaden eingetreten, sich mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdränge⁽³⁶⁰⁾, dürfe das Gericht einen mutmaßlichen Schaden als sicheren Schaden betrachten; jedoch sei die Regel von

(357) vgl. Kummer, Grundriß des Zivilprozeßrechts, S. 118

(358) zitiert nach Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast, S. 14

(359) wie (358)

(360) Guldener, wie (358), mit Rechtsprechungsnachweisen

§ 9 II

§ 42 Abs. 2 OR auch dann anzuwenden, wenn in Frage stehe, ob überhaupt ein Schaden eingetreten sei⁽³⁶¹⁾.

Wollte man hier eine Anwendung der Vorschrift des § 42 Abs. 2 OR auf einen Kausalzusammenhang überhaupt sehen, dann kann es sich allenfalls um den Zusammenhang zwischen Schädigung und Schaden handeln, um die Frage also, ob die eingetretene Schädigung überhaupt einen Schaden in dem oben aufgezeigten Sinne verursacht hat. Auf den Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Schaden hingegen wird § 42 Abs. 2 OR bestimmt nicht angewandt. So läßt sich zusammenfassend festhalten, daß § 42 Abs. 2 OR für die Auslegung des § 287 ZPO im Hinblick auf die Kausalitätsfrage ebenfalls nichts hergibt. Auch hier handelt es sich um eine typische für die Feststellung allein des Schadensbetrages eingeführte Vorschrift, wobei diese Vorschrift im Rahmen ihres Anwendungsbereiches allerdings mehr Freiheit gibt als § 287 ZPO nach der hier vertretenen Auffassung.

Nur eines läßt sich festhalten: Die immerhin vergleichbaren Regelungen in Österreich und in der Schweiz kennen die Beweiserleichterung - dann allerdings noch ausgeprägter als die ZPO - nur bei der Entscheidung über die Schadenshöhe;

(361) wie (360)

§ 10 I

der Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Verhalten und schädigendem Erfolg (= Schädigung) fällt nicht unter die Beweiserleichterungsvorschriften.

§ 10 Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur

I. Allgemeines

Die in § 7 ausführlich vorgenommene Darstellung von Meinungsentwicklung und Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur zeigt nur Genüge, daß die Frage, ob und inwieweit § 287 Abs. 1 ZPO auf Kausalzusammenhänge anzuwenden sei, ganz erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Es muß daher im folgenden unter Berücksichtigung dieser dargestellten Rechtsprechung und Literaturmeinungen untersucht werden, ob die dort vorgestellten Kriterien eine Anwendung des § 287 Abs. 1 ZPO auf Kausalitätsfragen rechtfertigen oder nicht. Dabei soll zunächst - obschon die Reichsgerichtsrechtsprechung eine dahingehende Präzisierung nicht kennt - auf die vom BGH und im Anschluß daran von der überwiegenden Literatur gebrauchte Abgrenzung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfühlender Kausalität eingegangen werden, um dann weitere Abgrenzungsversuche zu würdigen.

§ 10 II

II. Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität

Seit der grundsätzlichen Entscheidung BGHZ 4, 192 wird praktisch allgemein davon ausgegangen, die sog. haftungsbegründende Kausalität sei nach § 286 ZPO zu beweisen, während die sog. haftungsausfüllende Kausalität § 287 ZPO unterfalle. Wie sich jedoch bei der oben vorgenommenen Betrachtung von Rechtsprechung und Literatur gezeigt hat, ist bei weitem nicht klar, welche Merkmale eines materiellrechtlichen Schadensersatztatbestandes nun noch zur haftungsbegründenden und welche zur haftungsausfüllenden Kausalität gehören sollen. Das Spektrum der Ansichten reicht von Werner, der⁽³⁶²⁾ einen zweigliedrigen Geschehensablauf vorschlägt und jedwede Kausalzusammenhänge ab der Handlung der Beurteilung nach § 287 unterwerfen will, bis Hainmüller, der⁽³⁶³⁾ das Ende der haftungsbegründenden Kausalität grundsätzlich erst im Eintritt eines schädigenden Erfolges beim Geschädigten sieht. Dazwischen bewegen sich Meinungen wie z.B. die von Arens⁽³⁶⁴⁾ und Hanau⁽³⁶⁵⁾, die das Ende der Haftungsbegründung unterschiedlich je nach Eingriffs- oder Verhaltensnormtatbeständen

(362) sie oben S. 193, 194

(363) siehe oben S. 189, 190

(364) siehe oben S. 192, 193

(365) siehe oben S. 191, 192

§ 10 II 1

beurteilen. Demgegenüber versucht der BGH ein einheitliches Abgrenzungskriterium in dem "Betroffensein" zu finden, ist hier jedoch in Wirklichkeit nicht konsequent, weil er für dieses "Betroffensein" einmal das Vorliegen des schädigenden Erfolges fordert, ein ander Mal die bloße Gefährdung oder gar nur das "In Mitleidenschaft gezogen sein" ausreichen lassen will.

1. Ist die Abgrenzung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität ein Problem der Abgrenzung der §§ 286 und 287 ZPO?

Eines allerdings haben annähernd die gesamte Rechtsprechung und Literatur gemein: Man geht einfach davon aus, als müßten sich die Anwendungsbereiche der §§ 286 und 287 entsprechend der Abgrenzung von haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität trennen lassen.

§ 287 spricht überhaupt nicht von irgendeiner Kausalität. Vielmehr spricht diese Vorschrift vornehmlich von Schaden und lediglich aus der Tatsache, daß die Frage, ob ein Schaden entstanden sei, in § 287 ZPO angesprochen ist, wird geschlossen, daß hier ein Kausalzusammenhang gemeint sein müsse.

In Wahrheit ist die Unterscheidung haftungsbegründende - haftungsausfüllende Kausalität eine

§ 10 II 1

Unterscheidung des materiellen Rechts. Denn dort entscheidet sich, wann die Haftung des Schädigers begründet ist. Wenn man also im Rahmen der Untersuchung der Frage, ob § 287 ZPO auf irgendwelche Kausalitätsprobleme angewendet werden könne, überhaupt auf die Abgrenzung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität eingehen will, dann hat dies nur insoweit Sinn, als man eine klare Terminologie festlegen sollte, mit Hilfe derer man dann untersuchen kann, welcher Kausalzusammenhang nun - auf Grund anderer Kriterien - § 287 unterfalle und welcher nicht.

Lediglich ein weiterer Punkt rechtfertigt die Abgrenzung der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität: immer wieder wird davon gesprochen, § 287 ZPO dürfe erst dann zur Anwendung gelangen, wenn die Haftung des Schädigers feststehe. Wenn es darauf im Rahmen des § 287 ankommen soll, dann ist hier natürlich abzustellen zunächst einmal auf die materiell-rechtliche Frage, wann die Haftung des Schädigers feststeht. Freilich erhebt sich dann, wenn hier verschiedene Ergebnisse denkbar sind, die Frage, ob nicht für das Zivilprozeßrecht und vor allem im Hinblick auf die Abgrenzung der §§ 286 und 287 die Abgrenzung der haftungsbegründenden von der haftungsausfüllenden Kausalität gesondert vorgenommen werden müßte.

§ 10 II 2

2. Die Begriffe "haftungsbegründende" und "haftungs-
ausfüllende Kausalität"

Wann jemand für sein Handeln einzustehen habe, also haften müsse, ergibt sich aus den materiell-rechtlichen Tatbeständen. Dabei ist ein Haftungstatbestand prinzipiell so aufgebaut, daß ein bestimmtes Verhalten (positives Tun oder Unterlassen) des Schädigers für den Unfall und damit den bei dem Unfall eingetretenen Erfolg, also die Schädigung, ursächlich geworden sein muß; dieser Erfolg - und deshalb natürlich mittelbar das Verhalten des Schädigers - muß den Schaden herbeigeführt haben⁽³⁶⁶⁾. Erst wenn das Verhalten des Schädigers beim Geschädigten einen Erfolg zeitigt hat, kann die Haftung begründet sein. Denn das Zivilrecht und damit auch und in Besonderheit das Schadensersatzrecht wollen den materiellen Ausgleich zugefügter Vermögenseinbußen und es kennt keinen einzigen Fall, in dem schon die Verletzung einer Verhaltenspflicht die Schadensersatzpflicht auslösen könnte⁽³⁶⁷⁾. Der Schutz bestimmter Rechtsgüter und nicht etwa das Verbot bestimmter Verhaltensweisen ist der Ausgangspunkt jeder zivilrechtlichen Haftungsnorm⁽³⁶⁸⁾.

Somit muß für die Begründung einer Haftung erst

(366) vgl. Hainmüller, Anscheinsbeweis und Fahrlässigkeitstat, S. 130

(367) vgl. Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, S. 187

(368) wie (367), S. 185

§ 10 II 2

einmal ein durch das Verhalten des Schädigers herbeigeführter schädigender Erfolg beim Geschädigten eingetreten sein, sodaß erst dieser Erfolg Ende der haftungsbegründenden Kausalität sein kann.

Wenn demgegenüber die Meinung vertreten wird⁽³⁶⁹⁾, das Ende der Haftungsbegründung sei unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem, ob es sich bei dem Schadensersatztatbestand um einen Eingriffs- oder um einen Verhaltensnormtatbestand handele, so kann dem nicht gefolgt werden. Gerade der vielfach vorgenommene Vergleich zwischen § 823 Abs. 1 und § 839 BGB beweist die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht. Der Unterschied zwischen § 823 Abs. 2 und § 839 BGB liegt nämlich nicht darin, daß bei ersterem die Haftung erst bei Verletzung eines der dort genannten Rechtsgüter, bei letzterem die Haftung bereits mit Abschluß der vorgenommenen Handlung begründet sei. Vielmehr muß in beiden Fällen ein Eingriff in den Rechtsgüterkreis des Geschädigten erfolgen, um eine Haftung auszulösen. Der eigentliche Unterschied zwischen § 823 BGB und § 839 BGB ist darin zu finden, daß § 839 BGB den Haftungsrahmen erweitert, da der Kreis der Amtspflichten umfassender ist als der Schutzbereich der Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 und die sonstige deliktische Verantwortlichkeit im allgemeinen.

(369) vgl. oben S. 191 ff.

§ 10 II 2

Der Beamte hat nicht nur für die Verletzung bestimmter Rechtsgüter oder eines Schutzgesetzes einzustehen, sondern für jede Benachteiligung des Vermögensstandes, und zwar auch dann, wenn die Pflichtverletzung einen der sonstigen Tatbestände der §§ 823 ff. nicht verwirklicht⁽³⁷⁰⁾.

Dabei wird nicht übersehen, daß sich bei §§ 823 ff BGB die Widerrechtlichkeit des Handelns erst aus dem Eingriff in den Rechtskreis des Verletzten ergibt, während sie bei § 839 BGB ihre Grundlage in der Person des Schädigers hat⁽³⁷¹⁾. Ob der Schädiger dem Geschädigten auf Schadensersatz haftet, ist jedoch nicht gleichbedeutend mit der Frage, welche Phänomene die Widerrechtlichkeit des Handelns begründen.

Es kann also schon bei richtiger materiell-rechtlicher Betrachtung die haftungsbegründende Kausalität erst dort enden, wo in den Rechtsgüterkreis des Geschädigten eingegriffen wird⁽³⁷²⁾.

Der Bundesgerichtshof hat mit seinem in BGHZ 4, 192 ff. erstmals gebrauchten Begriff des "Betroffenseins" durchaus den richtigen Ansatz zur Abgrenzung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität gefunden.

(370) Soergel-Glaser, BGB, 10. Aufl., § 839, RN 30

(371) wie (370)

(372) so auch Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., S. 564

§ 10 II 2

Betroffen ist der Geschädigte durch eine schädigende Handlung eben erst dann, wenn in seinen geschützten Rechtsgüterkreis, also mindestens in sein Vermögen, eingegriffen ist. Insoweit der Bundesgerichtshof dann in verschiedenen Entscheidungen⁽³⁷³⁾ für das Betroffensein bereits die Gefährdung eines Rechtsgutes oder auch nur - wie in der Entscheidung BGHZ 58, 48 ff⁽³⁷⁴⁾, wo es darum ging, ob die Verletzungen des klagenden Kindes auf einen Unfall der Mutter während der Schwangerschaft zurückzuführen seien - die Tatsache, in Mitleidenschaft gezogen worden zu sein, ausreichen läßt, verkennt er den Umfang der haftungsbegründenden Kausalität. Dies geschieht zwar - und so vor allem in dem soeben zitierten Fall - auf Grund aner kennenswerter Überlegungen. Jedoch ist die Billigkeit kein Kriterium dafür, die Abgrenzung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität beliebig zu verschieben. Ob die Billigkeit bzw. die Beweisnot des Geschädigten ein Kriterium darstellt, ausnahmsweise § 287 ZPO auch auf die an sich haftungsbegründende Kausalität anwenden zu dürfen, ist keine Frage der Abgrenzung von haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität und muß daher späterer Untersuchung überlassen bleiben.

(373) vgl. oben § 7 II 2)

(374) siehe oben S. 155 ff

§ 10 II 2

Werner⁽³⁷⁵⁾ ist zuzugestehen, daß für seine Lösung eine hohe Praktikabilität spricht. Allein die Praktikabilität jedoch erlaubt es nicht, einfach den Geschehensablauf von einem dreigliedrigen in einen zweigliedrigen umzuwandeln, auch dann nicht, wenn dies nur im Hinblick auf die Abgrenzung der §§ 286 und 287 ZPO geschehen sollte. Inwieweit Werner damit Recht hat, daß auch die Interessen des Schädigers seiner Ansicht nicht zuwiderlaufen würden, wird sich noch herausstellen.

Schließlich ist eines zu berücksichtigen: Es kann nicht richtig sein, daß eine Beweiserleichterungsvorschrift, hier § 287 ZPO, bei gleichen Lebensvorgängen unterschiedlich zur Anwendung kommen soll. Wenn nämlich - wie es nach der Lehre von der Abgrenzung der haftungsbegründenden und haftungsausfüllenden Kausalität nach Eingriffs- und Verhaltensnormtatbeständen der Fall sein könnte - der Haftungsgrund einmal bereits bei dem Verhalten, das andere Mal jedoch erst bei Eintritt des Erfolges gegeben wäre und wenn dann § 287 ZPO einmal auf die Kausalität Handlung - Erfolg nicht, das andere Mal jedoch angewendet würde, dann würden hier zwei Haftungstatbestände prozeßrechtlich völlig unterschiedlich behandelt. Dies käme darauf hinaus, daß z.B. bei § 823 Abs. 1 BGB der Geschädigte den Eintritt des Erfolges und somit auch die Kausalität zwischen Handlung und

(375) Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, S. 31 ff, 39

§ 10 II 2

Erfolg nach § 286 ZPO nachzuweisen hätte, daß er jedoch in einem Fall des § 829 BGB diese Kausalität nach § 287 ZPO beweisen könnte. Dabei sind doch beide Schadensersatztatbestände dazu geschaffen, dem jeweils Geschädigten nur dann einen Schadensersatz zuzusprechen, wenn er tatsächlich entweder (§ 823 Abs. 1 BGB) in einem eigens geschützten Rechtsgut oder aber (§ 839 BGB) in seinem Vermögen verletzt ist. Eine solche Unterscheidung erscheint durch nichts gerechtfertigt.

Selbst wenn man also entgegen der hier vertretenen Auffassung der Meinung sein wollte, die Haftungs begründung sei je nachdem, ob es sich um einen Eingriffs- oder einen Verhaltensnormtatbestand handle, unterschiedlich zu beurteilen, dann wäre jedenfalls für eine klare Aussage im Rahmen der Anwendung der prozessualen Vorschriften, nämlich der §§ 286 und 287 ZPO, eine einheitliche Festlegung des Endpunktes der Haftungs begründung vorzunehmen.

Im übrigen sind die sog. Zweiterfolge konsequenterweise der haftungs begründenden Kausalität zuzurechnen. Wenn nämlich - wie es hier vertreten wird - die Haftungs begründung erst feststeht, wenn ein Eingriff in den Rechtsgüterkreis des Geschädigten vorliegt, dann muß dies für jede Haftungs begründung selbst der Fall sein. Die nachgewiesene Kausalität zwischen Handlung und Ersterfolg sagt noch nichts darüber aus, daß der Zweiterfolg, selbst wenn er dasselbe Rechts-

§ 10 II 2

gut betrifft, ebenfalls auf die den Ersterfolg herbeiführende Handlung zurückzuführen sei. Der Zweiterfolg, der also selbst wieder Schaden beim Geschädigten hervorrufen kann, muß also ebenfalls auf die Handlung zurückzuführen sein. Dieser Kausalzusammenhang ist genauso wie der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Ersterfolg ein solcher im Rahmen der Haftungsbegründung⁽³⁷⁶⁾.

Im folgenden wird also davon ausgegangen, daß die haftungsbegründende Kausalität in jedem Fall bis zum Eintritt des schädigenden Erfolges im Rechtsgüterkreis des Geschädigten reicht und daß der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung und dem sog. Zweiterfolg ebenfalls zur haftungsbegründenden Kausalität zählt. Erst die Frage, ob der schädigende Erfolg bei dem Geschädigten einen Schaden gezeitigt hat, gehört zur sog. haftungsausfüllenden Kausalität. Freilich ist damit noch keine endgültige Aussage darüber getroffen, ob es sich rechtfertige, § 287 ZPO ganz oder teilweise auf die haftungsbegründende Kausalität zu erstrecken. Hierfür werden noch weitere Kriterien zu untersuchen sein.

(376) so auch Hainmüller, Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat, S. 140, 141; auch Arens spricht sich dafür aus, jedenfalls im Hinblick auf die Abgrenzung von § 286 und § 287 die Zweitverletzung als neues Schadensereignis anzusehen, an das sich neue Schäden anknüpfen können, und nicht etwa nur als einen Schadensposten im Rahmen der Folgen der Erstverletzung (Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung, S. 43).

§ 10 III

III. § 287 ZPO und der Schadensbegriff

Neben der Unterscheidung zwischen haftungs-
begründender und haftungsausfüllender Kausalität
kommt natürlich auch dem Schadensbegriff eine
Bedeutung im Rahmen des § 287 ZPO zu. Je nachdem
nämlich, wie weit man den Begriff faßt, können
zum "Schaden" auch Erscheinungen gezählt werden,
die an sich noch den Kausalzusammenhang zwischen
dem schädigenden Verhalten und dem schädigenden
Erfolg darstellen.

Am deutlichsten wird dies wiederum bei den
sog. Zweiterfolgen. Wenn der Bundesgerichtshof
z.B. auf die sog. Zweiterfolge grundsätzlich
§ 287 ZPO anwendet, obschon er an sich die
haftungsbegründende Kausalität nicht unter § 287
ZPO fallen lassen will, dann kann dies im Grund
nur daraus resultieren, daß der Zweiterfolg
nicht als Schlußpunkt des Kausalzusammenhanges
Handlung - Schädigung, sondern als Schadens-
posten im Rahmen des durch den Ersterfolg
hervorgerufenen Schadens angesehen wird.

Dabei muß beachtet werden, daß - wie es Hain-
müller⁽³⁷⁷⁾ herausgestellt hat - Erfolg und
Schaden keineswegs zusammenfallen. Der Erfolg,
den eine schädigende Handlung beim Geschädigten
in dessen Rechtssphäre zeitigt, wirkt sich als

(377) Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeits-
tat, S. 129

§ 10 III

Vermögensschaden aus oder nicht. Diese Ansicht läßt sich ohne weiteres mit dem üblicherweise gebrauchten Schadensbegriff decken, wonach Schaden jede nachteilige Umgestaltung der Rechtsgüterwelt⁽³⁷⁸⁾ oder anders ausgedrückt jeder Nachteil ist, den jemand durch ein bestimmtes Ereignis an seinem Vermögen oder an seinen sonst rechtlich geschützten Gütern erleidet⁽³⁷⁹⁾. Auch neuere Theorien zum Schadensbegriff ändern an diesem Grundsatz nichts. Immer stellt sich der Vermögensschaden als rechnerische Größe, als Folge einer Körper-, Sach- oder Rechtsverletzung dar⁽³⁸⁰⁾. Daran ändert sich auch nichts, wenn man - so Keuk⁽³⁸¹⁾ - die Begründung der Schadensersatzpflicht in dem Zwecke sieht, daß der Schädiger nachträglich in einer anderen Form den Erfolg herstellt, den er durch das ordnungsgemäße Verhalten realiter hätte herbeiführen sollen, daß das Interesse des Geschädigten an dem ordnungsgemäßen Verhalten des Schädigers, dessen Verwirklichung in der naturgemäßen Form nicht stattgefunden hat, ersatzweise befriedigt

(378) vgl. Soergel-Schmidt, BGB, 10. Aufl., §§ 249 - 253 RN 2

(379) vgl. Palandt, BGB, 36. Aufl., Vorbemerkung vor § 249, Anm. 2;
Ennecerus-Lehmann, Schuldrecht, S. 58;
Kress, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, S. 280

(380) vgl. Hamann, Methoden und Problematik der Schadensberechnung, S. 11

(381) Vermögensschaden und Interesse, S. 262

§ 10 III

wird. Vor allem Mertens⁽³⁸²⁾ setzt sich speziell im Hinblick auf § 287 ZPO mit der Frage auseinander, inwiefern der Schaden Tatbestandsmerkmal und wie weit er Bestandteil der Rechtsfolge sei. Auch er kommt dabei zu einem dem hier vertretenen Ergebnis durchaus ähnlichen, indem er die Vermögensbeeinträchtigung im Zeitpunkt des Schadensfalles und die Effektivierung der Wertminderung des Vermögens trennt. Voraussetzung der Anwendung des § 287 ZPO sei die Feststellbarkeit einer Wertminderung, nicht nur der Wahrscheinlichkeit einer solchen. Nur sei die Wahrscheinlichkeit einer effektiven Vermögenseinbuße bereits eine Wertminderung des Vermögens. Sei diese gegeben und damit das Tatbestandsmerkmal des Schadens erfüllt, so stehe dem Richter der Ermessensbereich der Schadensschätzung - zwecks Festlegung der Rechtsfolge: Schadensersatz - offen. Das Ermessen des Gerichts beziehe sich aber nicht darauf, ob es den Eintritt eines Schadens als Wertminderung annehme oder nicht. Auch Mertens trennt hier also - wenn auch auf seine eigene Weise - zwischen dem eingetretenen Verletzungserfolg und dem daraus resultierenden Schaden. Freilich widerspricht seine Auffassung von der Schadensschätzung im Rahmen eines Ermessensbereichs der hier vertretenen Auffassung von der Überzeugungsgewinnung.

(382) Der Begriff des Vermögensschadens, S. 90 f und S. 205

§ 10 III

Geht man von dem aufgezeigten Schadensbegriff aus, dann kann dieser an sich keinen Einfluß darauf haben, inwieweit man § 287 ZPO auf Kausalverläufe anwenden dürfe oder nicht.

Die Tatsache jedoch, daß die Rechtsprechung und die Mehrheit der Literatur § 287 ZPO auf die sog. Zweiterfolge anwenden, scheint dennoch in einer unterschwellig vorhandenen fehlerhaften Anschauung des Schadensbegriffes ihre Wurzel zu haben. Man geht nämlich offenbar davon aus, daß ab dem Ersterfolg alles weitere zum Inhalt des Schadens gehöre. Insoweit scheint unbewußt ein zeitliches Moment in den Schadensbegriff hineingelangt zu sein. Der Schaden ist doch nichts weiter als die sich im Vermögen des Geschädigten negativ auswirkende Veränderung, die durch das schädigende Ereignis hervorgerufen worden ist. Dabei kann jedes schädigende Ereignis für sich einen Schaden hervorrufen, wobei die Folgen durchaus verschieden sind. Der Inhalt des Schadens und vor allen Dingen des Schadens, der zu ersetzen ist, wird dann in den Bestimmungen des Schadensrechtes festgelegt. Der Schaden, den der Geschädigte erleidet, ist also z.B. nicht die Körperverletzung, sondern die sich aus der Körperverletzung ergebende Veränderung im Vermögen des Geschädigten. Somit kann man auch nicht behaupten, wenn erst einmal durch den Ersterfolg ein Schaden entstanden sei, dann lägen alle weiteren Erfolge innerhalb dieses

§ 10 IV

Schadens: Vielmehr ist es so, daß jeder einzelne durch ein schädigendes Verhalten hervorgerufene schädigende Erfolg für sich einen Schaden bewirken kann, wobei sich natürlich - gleich ob es sich um Parallelerfolge oder um hintereinander eingetretene Erfolge handelt - meistens dann der Schaden als ein Gesamtschaden darstellt. Bei richtiger Betrachtung des Schadensbegriffes und bei Ausschaltung eines falschen zeitlichen Moments kann dieser Schadensbegriff also keinen Einfluß auf die Frage der Anwendung des § 287 ZPO auf Ursachenzusammenhänge haben. Voraussetzung ist hier natürlich, daß strikt getrennt wird zwischen dem schädigenden Erfolg als Ergebnis der schädigenden Handlung und dem durch den Erfolg eingetretenen Schaden.

IV. Beweiserleichterung und poenalisierende Wirkung für den Schädiger

Im weiteren ist nun zu fragen, was für und was gegen eine Anwendung des § 287 ZPO auf Kausalzusammenhänge spricht.

Praktisch einhellig wird davon ausgegangen,

§ 10 IV

§ 287 ZPO diene der Beweiserleichterung für den Geschädigten. Wenngleich dieses Ergebnis hier nicht vollends geteilt und die Beweiserleichterung für den Geschädigten nur als ein Zweck des § 287 ZPO neben dem anderen, nämlich der teilweisen Befreiung des Gerichts von Beweiserhebungsregeln aus prozeßökonomischen Erwägungen heraus⁽³⁸³⁾, angesehen wird, muß dennoch jedenfalls überprüft werden, welche Folgen denn eigentlich eine Beweiserleichterung auf Seiten des Geschädigten für den Schädiger mit sich bringt.

Wollte man soweit gehen, wie es z.B. das Reichsgericht in seinen frühen Entscheidungen⁽³⁸⁴⁾ getan hat, und § 287 ZPO anwenden auf den Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Verhalten und schädigendem Erfolg, dann würde dies letztlich darauf hinauslaufen, daß man dem Schädiger zumuten würde, weil er nun einmal schuldhaft rechtswidrig gehandelt habe, könne erleichtert festgestellt werden, daß dieses sein schuldhaftes Verhalten auch einen schädigenden Erfolg hervorgerufen habe und daß er den dadurch eingetretenen Schaden zu ersetzen habe. Man würde also letztlich dazu kommen, dem Schädiger entgegenzuhalten, weil er unrecht gehandelt habe, habe er Schaden zu ersetzen. Dies käme zweifellos hinaus auf eine

(383) vgl.oben § 6 II 1

(384) vgl.oben § 7 II 1

§ 10 IV

poenalisierende Wirkung des Schadensersatzrechts.

Eine solche poenalisierende Wirkung läßt sich dem Zivilrecht schwer entnehmen und sie läßt sich auch nicht rechtfertigen. Wenn überhaupt eine solche Wirkung im Zivilrecht gewollt sein würde, dann hätte sie an sich ihren Platz finden müssen bei den Schadensersatztatbeständen und nicht in einer prozeßrechtlichen Vorschrift. Die Schadensersatztatbestände jedoch kennen eine solche Strafwirkung nicht. Vielmehr setzen sie immer die Kausalität zwischen schädigendem Handeln und schädigendem Erfolg voraus. Dabei wird nicht übersehen, daß § 287 ZPO sich auch dann nicht von diesem Grundsatz entfernt, wenn man seine Anwendung ausdehnt auf den Kausalzusammenhang zwischen schädigender Handlung und schädigendem Erfolg. Freilich bleibt § 287 ZPO auch dann nur eine Vorschrift im Rahmen des Beweisrechts, fordert also möglicherweise für bestimmte Zusammenhänge nur ein erleichtertes Beweisen, ohne damit die Notwendigkeit des Vorhandenseins dieser Zusammenhänge zu leugnen. Wenn also hier zurückgegriffen wird auf die zivilrechtlichen Tatbestände und untersucht wird, ob dort im Rahmen der Schadensersatzansprüche poenalisierende Wirkungen vorzufinden sind, dann geschieht dies nur deshalb, um von hier aus zu beurteilen, ob der Zivilgesetzgeber eine solche Erscheinung überhaupt wünscht.

§ 10 IV

Die einzigen Tatbestände, die in diese Richtung zielen könnten, wären die §§ 339 BGB und 830 Abs. 1 Satz 2 BGB.

§ 339 BGB, die Vertragsstrafe, kann hier nicht herangezogen werden. Hier "strafft" nämlich nicht der Zivilgesetzgeber, indem er an ein bestimmtes Verhalten eine bestimmte Folge knüpft, wie dies eindeutig z.B. beim Recht der unerlaubten Handlung geschieht. Vielmehr sind es hier zwei sich gleichgeordnet gegenüberstehende Rechtssubjekte des Schuldrechts, die eine sog. Vertragsstrafe aushandeln. Es handelt sich also bei der Vertragsstrafe um einen Obliegenheitstatbestand, da eine rechtliche Verhaltenspflicht nicht besteht; Strafcharakter hat also die Vertragsstrafe nicht⁽³⁸⁵⁾.

Aber auch § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB hat diesen Strafcharakter nicht. Freilich ist hier die Begründung dieser Meinung nicht so leicht wie bei der Vertragsstrafe, die eigentlich ihren Namen zu Unrecht hat. In der Tat ist es nämlich bei § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB so, daß die Haftung für einen Schaden den treffen kann, der zwar eine schuldhaft unerlaubte Handlung begangen hat und als Verursacher des Schadens in Frage kommt, von dem aber durchaus nicht sicher ist, daß gerade er durch seine Handlung den schädli-

(385) vgl. Soergel-Schmidt BGB 10. Aufl., § 339
RN 4 unter Hinweis auf RG, JW 1913, 319

§ 10 IV

genden Erfolg herbeigeführt hat. Der Gesetzgeber geht dann aber nicht davon aus, daß diesen Schädiger die Haftung endgültig treffen soll. Vielmehr räumt er dem Geschädigten nur die Möglichkeit ein, jeden der als Verursacher des schädigenden Erfolges in Betracht kommenden als Gesamtschuldner in Anspruch zu nehmen. Der Inanspruchgenommene hat dann natürlich über § 840 BGB die Möglichkeit, nach den Regeln des Gesamtschuldverhältnisses (§ 420 ff BGB, in Sonderheit § 426 BGB) sich an dem schadlos zu halten, der der wirkliche Verursacher war, oder aber - sollte ihm dieser Nachweis nicht gelingen - wenigstens einen Ausgleich bei den anderen möglichen Verursachern zu suchen. Hier gibt also der Zivilgesetzgeber dem Geschädigten nur eine erleichterte Durchsetzungsmöglichkeit seines Schadensersatzanspruchs, ohne jedoch endgültig den Inanspruchgenommenen mit der Haftung "zu bestrafen".

Eine poenalisierende Wirkung scheint somit dem Zivilrecht fremd zu sein⁽³⁸⁶⁾. Es würde auch verfassungskonformer Auslegung des § 287 ZPO zuwiderlaufen, wollte man diese poenalisierende Wirkung durch seine Anwendung auf den Ursachen-

(386) Zink plädierte in seinem schon mehrfach zitierten Buch "über die Ermittlung des Sachverhalts im französischen Zivilprozeß" von 1860 dafür, den Schadensersatz als ein wirksames Repressivmittel, eine Art Privatbuße für Arglist und bösen Glauben, anzusehen (S. 593). Seine diesbezüglichen Ausführungen klingen allerdings sehr emotional und erscheinen wirklich überholt.

§ 10 IV

zusammenhang zwischen schädigender Handlung und schädigendem Erfolg zulassen. Nach Art. 103 Abs. 3 GG darf niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden. Aus diesem Grundsatz kann man auch entnehmen, daß erst recht eine Bestrafung einmal auf Grund der allgemeinen Strafgesetze und zum anderen noch einmal durch zivilrechtliche Vorschriften verboten sein muß. Das Zivilrecht will nicht eine Bestrafung dessen, der eine unerlaubte Handlung begangen hat, sondern lediglich den Ausgleich der am Zivilrecht beteiligten Rechtssubjekte. Am deutlichsten würde sich die poenalisierende Wirkung bemerkbar machen bei § 823 Abs. 2 BGB. Hier könnte nämlich eine Bestrafung auf Grund des Schutzgesetzes in Frage kommen und zugleich ein Schadensersatzanspruch. Würde innerhalb des Nachweises der Tatbestandsmerkmale des Schadensersatzanspruches eine poenalisierende Wirkung durch Beweiserleichterung im dargestellten Sinne zulässig sein, dann wäre hier im weiteren Sinne eine Doppelbestrafung die Folge. Dies will das materielle Zivilrecht nicht. Es kann nicht Aufgabe des Zivilprozeßrechts sein, hier über das materielle Zivilrecht hinauszugehen.

So betont denn auch Mertens⁽³⁸⁷⁾, daß es bereits durch unsere Verfassung ausgeschlossen sei,

(387) Der Begriff des Vermögensschadens, §. 96, unter Bezugnahme auf Böttcher, MDR 1963, S. 353

§ 10 V

dem Schadensersatzrecht, soweit es rechtswidrig-schuldhaftes Handeln voraussetzte, einen Vergeltungszweck zugrunde zu legen. Spekulationen um eine primäre Vergeltungsfunktion des Schadensersatzrechts scheiterten bereits an Art. 103 Abs. 2 GG.

V. Rechtfertigung der Beweiserleichterung durch vom Schädiger veranlaßte Beweisnot?

Bleibt nunmehr die Frage, ob vielleicht die durch den Schädiger hervorgerufene Beweisnot des Geschädigten eine Ausdehnung der Anwendung des § 287 ZPO auf den Ursachenzusammenhang zwischen schädiger Handlung und schädigendem Erfolg rechtfertigt.

Arens⁽³⁸⁸⁾ meint, eine Durchbrechung des Grundsatzes, daß der Geschädigte die Voraussetzungen seines Anspruchs voll zu beweisen habe, lasse sich eventuell dadurch rechtfertigen, daß der Schädiger durch seine pflichtwidrige Handlung nicht nur einen Schaden möglicherweise verursacht, sondern gleichzeitig ein Beweisrisiko des Geschädigten verschuldet habe. Diese Meinung erscheint nicht neu. So lassen vor allem

(388) Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung,
S. 20

§ 10 V

die Entscheidungen des Reichsgerichts im 9. Band S. 416 und im 10. Band S. 64⁽³⁸⁹⁾ den Schluß zu, daß auch das Reichsgericht schon von diesen Gedanken ausgegangen ist. Formulierungen, wie: das Gesetz gehe davon aus, in den meisten Fällen sei ein strenger Beweis, daß und welcher Schaden entstanden sei, absolut unmöglich und es werde daher der widerrechtlich Handelnde in ungerechtfertigter Weise auf Kosten des Verletzten begünstigt, wenn man einen solchen strengen Beweis von diesem verlangen wollte, oder: derjenige, welcher durch sein Verschulden den Geschädigten in die schlimme Lage versetzt habe, einen strengen Beweis des Kausalzusammenhangs nicht führen zu können, könnte diese Lage zu seinem Vorteile ausbeuten, zielen eben in die Richtung der Aufbürdung des Beweisrisikos auf den Schädiger.

Auch Zink⁽³⁹⁰⁾ sprach seinerzeit diesen Gedanken sehr deutlich aus, wenn er ausführte:

"Wer dem Andern einen Schaden jener ungewissen Art zufügt, sei es aus fahrlässigem oder vorsätzlichem Verschulden, der begeht ein zweifaches Unrecht an ihm, einmal durch die Schmälerung seines Vermögens schon an sich, und überdies noch dadurch, daß er ihn um die Mittel bringt, mit denen er die Größe seines Schadens hätte beweisen und klar vor Augen legen können."

(389) vgl. oben § 7 II 1 b und c

(390) Über die Ermittlung des Sachverhalts im französischen Civilprozeß, S. 570

§ 10 V

Allerdings erscheint bei Zink dieser Gedanke offensichtlich auf die "Größe" des Schadens beschränkt.

Stoll⁽³⁹¹⁾ sieht - allerdings allein auf die Schadenshöhe bezogen - ebenfalls die Rechtfertigung für die Beweiserleichterung in der Beweisnot des Betroffenen, die gewissermaßen als Bestandteil des vom Schädiger verursachten Schadens anzusehen sei.

Werner⁽³⁹²⁾ vertritt die Meinung, das Risiko des Einstehenmüssens gehe der Schädiger durch seine Handlung ein. Diese Meinung geht sogar eindeutig in die Richtung, die Schadensersatzleistung habe einen privaten Vergeltungszweck; das Einstehenmüssen für verursachte Beweisnot ist hierin mindestens enthalten.

Die Tatsache, daß der Schädiger möglicherweise ein Beweisrisiko des Geschädigten verschuldet hat, ist jedoch keine ausreichende Rechtfertigung für die Anwendung des § 287 ZPO auf den Ursachenzusammenhang zwischen schädigendem Verhalten und schädigendem Erfolg. Wenn der Gesetzgeber dies im Rahmen des Schadensersatzrechts gewollt hätte, dann hätte er es im materiellen Recht geregelt und regeln müssen.

(391) Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, S. 184

(392) Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, S. 40

§ 10 VI

Die obigen Ausführungen zu § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB lassen zur Genüge erkennen, daß der Gesetzgeber im Rahmen des materiellen Rechts die Frage des Beweisrisikos durchaus erkannt und eben in diesem Falle geregelt hat. Auch die Regeln der Beweislast und der Beweislastumkehr in Fällen, wo dies eben wegen des Beweisrisikos angebracht erscheint, entstammen dem materiellen Recht. Eine prozeßrechtliche Vorschrift ist nicht geeignet, auf Grund eines verschuldeten Beweisrisikos vom materiellen Recht abweichende Haftungsfolgen einzuführen. Immerhin würde doch die haftungsrechtliche Sanktion der Verurteilung des Beweisrisikos einen eigenen Schadensersatzanspruch begründen. Der Anspruch würde dann allein daraus herzuleiten sein, daß jemand durch schuldhaft-rechtswidriges Verhalten bei einem anderen bewirkt hätte, daß dieser nicht mehr beweisen kann, wodurch ihm ein Schaden entstanden ist. Ein solcher Tatbestand ist jedoch dem materiellen Recht fremd. Er kann nicht über das Prozeßrecht eingeführt werden.

VI. Geringeres Beweisquantum als Rechtfertigung für die Anwendung des § 287 ZPO auf Erscheinungen der haftungsbegründenden Kausalität?

Wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat, steht einer Ausdehnung des § 287 ZPO auf die

§ 10 VI

haftungsbegründende Kausalität im hier gebrauchten Sinne das Verbot einer poenalisierenden Wirkung im Zivilrecht entgegen. Außerdem kann die dem Geschädigten durch das schädigende Verhalten des Schädigers eventuell erwachsene Beweisnot eine Ausdehnung des § 287 ZPO auf die haftungsbegründende Kausalität nicht rechtfertigen.

Hier läßt sich sowohl in sehr alten Entscheidungen⁽³⁹³⁾ des Reichsgerichts wie auch gerade in neuesten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs⁽³⁹⁴⁾ feststellen, daß § 287 ZPO nicht nur auf Kausalitätsfragen angewandt wird, sondern daß hier vom Richter anscheinend ein geringeres Beweisquantum im Rahmen der Überzeugungsbildung verlangt wird als bei § 286 ZPO. Dabei ist die zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs insofern von großem Interesse, als sie wiederum einen Fall behandelt, bei welchem es darum ging, unter mehreren wahrscheinlichen Verlaufsmöglichkeiten die weniger wahrscheinlichen auszuschließen. Hier vertritt der Bundesgerichtshof die Meinung, daß das Gericht sei insofern durch § 287 ZPO freier gestellt, als es in einem der jeweiligen Sachlage angemessenen Umfang andere, wenig wahrscheinliche Verlaufsmöglichkeiten nicht mit der sonst geforderten, an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit ausschließen müsse. Dabei richte es sich nach den Umständen und insbesondere nach

(393) vgl. z.B. die oben unter § 7 II 1 b und c zitierten Entscheidungen des RG in RGZ 9, 416 und RGZ 10, 64

(394) vgl. z.B. den oben § 7 II 2 f zitierten Fall BGH in NJW 70, 1970 ff = JZ 71, 228 ff

§ 10 VI

dem sachlichen Gewicht der zugrundeliegenden Tatsachen, wie weit die Beweiserleichterung im einzelnen gehe⁽³⁹⁵⁾.

In der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs sieht Klauser eine Grundsatzentscheidung. Dies vor allen Dingen deshalb, weil der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung habe erkennen lassen, daß die Frage des Beweismaßes bzw. der Beweisstärke eine Frage des einzelnen Falles sei⁽³⁹⁶⁾.

Man könnte also die Meinung vertreten, speziell in solchen Fällen, wo es darum geht, von mehreren hypothetischen Kausalverläufen die weniger wahrscheinlichen zu Gunsten des wahrscheinlichsten auszuschließen, ausnahmsweise § 287 ZPO deshalb auf die haftungsbegründende Kausalität anzuwenden, weil er ein hierfür angebracht erscheinendes Mittel der erleichterten Überzeugungsbildung sei.

Wendet man § 287 ZPO grundsätzlich nicht auf die haftungsbegründende Kausalität an, dann wäre es inkonsequent, ausgerechnet für Fälle der dargestellten Art ausnahmsweise § 287 ZPO doch auf Erscheinungen der haftungsbegründenden Kausalität anzuwenden. Dazu kommt, daß nach der hier vertretenen Meinung § 286 ZPO und § 287 ZPO den selben Beweismaßstab, nämlich die Überzeugung des Richters, statuieren. Dieser selbe Beweismaßstab

(395) BGH in JZ 71, 229

(396) Klauser in Anmerkung zu BGH in JZ 71, 228
(230), 231)

§ 10 VI

fordert nach der hier vertretenen Ansicht auch dasselbe Beweisquantum, wobei es lediglich eine Frage weiterer Untersuchung bleiben muß, wie groß dieses Beweisquantum mindestens sein muß und ob es möglich ist, anhand objektiver Kriterien den einzelnen Richter an ein Mindestmaß zu binden. Wenn also das Beweisquantum in § 287 kein geringeres sein kann als in § 286, dann kann freilich von hier aus auch kein Grund gegeben sein, § 287 ZPO wegen eines geringeren Beweisquantums auf irgendwelche Erscheinungen der haftungsbegründenden Kausalität anwenden zu wollen.

Das richtige Mittel, um weniger wahrscheinliche Kausalverläufe zugunsten des wahrscheinlichsten auszuschneiden, ist der Anscheinsbeweis. Dieser jedoch zählt nach allgemeiner Meinung zu § 286 ZPO⁽³⁹⁷⁾. So hat denn auch der Bundesgerichtshof in anderen Entscheidungen durchaus richtig gehandelt, wenn er bei der Frage, welcher von mehreren wahrscheinlichen Kausalverläufen der der Lebenserfahrung am nächsten kommende sei und welche daher auszuschneiden wären, den Beweis des ersten Anscheins zur Anwendung gebracht hat. So hat Klauser im Luesfall⁽³⁹⁸⁾ dem Bundesgerichtshof vorgeworfen, er hätte die Grundsätze für den Beweis

(397) vgl. für viele: Hainmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat, S. 148; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., § 114 (S. 592 ff); Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., S. 451 ff

(398) siehe oben § 7 II 2 d)

§ 10 VI

des ersten Anscheins verkannt. Umso erstaunlicher ist es, wenn dann der Bundesgerichtshof im Tuberkulosefall⁽³⁹⁹⁾ nichts über den Beweis des ersten Anscheins ausführt. Gerade dieser Fall wäre doch der typische Fall des Beweises des ersten Anscheins. Freilich geht der Bundesgerichtshof zu Recht davon aus, daß die Frage, ob die Erkrankung des Klägers eine Folge der Nichtisolierung des in seiner Zelle befindlichen tuberkuloseerkrankten Mithäftlings gewesen sei oder nicht, nicht nach § 287 ZPO zu beurteilen ist. Insoweit verkennt Klauser⁽⁴⁰⁰⁾ auch in diesem Fall den Umfang des § 287 ZPO.

Auch soweit das Reichsgericht in den oben⁽⁴⁰¹⁾ zitierten Entscheidungen § 287 ZPO auf den Kausalzusammenhang zwischen rechtswidrigem Handeln und Eintritt des schädigenden Erfolges angewandt hat, war dies nicht angebracht. Gerade der Steinbruchfall⁽⁴⁰²⁾ wäre ein typischer Fall für die Anwendung des Beweises des ersten Anscheins gewesen. Die Ausdrucksweise des Reichsgerichts deutet darauf durchaus hin. Wenn das Reichsgericht nämlich ausführt, der Richter habe nur als erwiesen angenommen, daß nach dem gewöhnlichen Gang der Dinge (der Regel nach) der Schaden nicht eingetreten sein würde,

(399) vgl. oben § 7 II 2 e

(400) Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung, JZ 68, 167 ff

(401) § 7 II 1 a, b, c

(402) RGZ 10, 64

§ 10 VI

wenn das in Frage stehende Verschulden nicht stattgefunden hätte, dann klammert es infolge der Lebenserfahrung andere hypothetische Kausalverläufe als unwahrscheinlich aus. Das ist im Grund eine Überzeugungsbildung nach dem Beweis des ersten Anscheins.

Es bleibt also dabei, daß bei der Frage der Ausscheidung weniger wahrscheinlicher Kausalverläufe zu Gunsten eines mehr wahrscheinlichen Kausalverlaufes das richtige Mittel zur Überzeugungsbildung der Anscheinsbeweis ist.

Dem könnte man entgegen halten, daß ja der Anscheinsbeweis auch im § 287 ZPO angesiedelt werden könnte. Dies vor allem dann, wenn - wie es hier geschieht - das Beweisquantum in § 287 und § 286 als gleich großes angesehen wird. Gerade aber, daß dies geschieht, ist ein Beweis dafür, daß die Anwendung des § 287 ZPO auf Kausalverläufe nicht richtig wäre. Wenn nämlich das Beweisquantum ein gleich großes ist, dann kann es dabei bleiben, daß der Anscheinsbeweis im § 286 ZPO angesiedelt ist. Sollte daneben § 287 ZPO auch auf Kausalverläufe angewendet werden, dann müßte hierfür eine eigene Rechtfertigung gesucht werden, weil § 287 nicht ein anderes Beweisquantum einführt, sondern weil er ein erleichtertes Beweisverfahren gibt. Dagegen jedoch, diese Beweiserleichterung auf Kausalzusammenhänge der haftungs-

§ 10 VII

begründenden Kausalität anzuwenden, sprechen die vorgenannten Argumente.

Die Frage des Beweisquantums hat also keinen Einfluß darauf, ob § 287 ZPO auch auf den haftungsbegründenden Kausalzusammenhang Anwendung finden kann oder nicht.

VII. Keine Anwendung des § 287 ZPO auf die haftungsbegründende Kausalität

Nach alledem läßt sich als Zwischenergebnis festhalten, daß jedenfalls auf die haftungsbegründende Kausalität § 287 ZPO nicht angewandt werden kann. Ein Abweichen von der im § 286 ZPO vorgesehenen Form der Überzeugungsbildung für die Feststellung der Kausalzusammenhänge bis zum schädigenden Erfolg ist nicht gerechtfertigt. Dabei muß vor allem, was bereits dargelegt ist, in ganz besonderem Maße berücksichtigt werden, daß § 287 ZPO im Vergleich zu § 286 ZPO eine Ausnahmenvorschrift darstellt. Bei der Auslegung der Ausnahmenvorschrift ist jedoch immer einengend vorzugehen. Wenn also der Wortlaut der Vorschrift schon nichts dafür hergibt, daß § 287 ZPO auch

§ 10 VII

auf Kausalverläufe innerhalb der haftungsbe-
gründenden Kausalität anzuwenden sei, und wenn
andere Gesichtspunkte auch nicht hinreichend
dafür sprechen, dann gebietet die einengende
Auslegung, daß § 287 ZPO nicht auf solche
Kausalverläufe angewendet wird.

So geht denn auch Hofmann⁽⁴⁰³⁾ davon aus, daß
§ 287 ZPO den Richter nur dann freier stellen
wolle, wenn es sich darum handele, ob aus der
nachgewiesenen Schädigung ein Schaden entstanden
sei, nicht aber bei der Feststellung, ob das
pflichtwidrige Verhalten den Kläger überhaupt
betroffen habe, ob mithin der Verletzungstat-
bestand, auch konkreter Haftungsgrund genannt,
erfüllt sei.

Besieht man sich unter diesem Aspekt noch einmal
neben den bereits besprochenen einige weitere
Entscheidungen der höchstrichterlichen Recht-
sprechung, dann zeigt sich deutlich, daß ein
nicht unbeachtlicher Teil dieser Entscheidungen
nicht richtig ist. Das bedeutet nicht unbedingt,
daß das Ergebnis dieser Entscheidungen falsch ist.
Die Begründung jedoch begegnet Bedenken.

Der Bundesgerichtshof⁽⁴⁰⁴⁾ und mit ihm Klauser⁽⁴⁰⁵⁾

(403) Die Umkehr der Beweislast in der Kausalfrage
S. 40

(404) vgl. z.B. BGHZ 58, 48 ff (siehe oben § 7 II
2 g)

(405) a.a.O. und JZ 71, 230

§ 10 VII

gehen einen gefährlichen Weg, wenn sie bereits die bloße Gefährdung als Betroffensein im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und damit als Schlußpunkt der haftungsbegründenden Kausalität ausreichen lassen wollen. Zu Recht stellt Stoll⁽⁴⁰⁶⁾ fest, daß zu fragen sei, ob die Rechtsprechung den Begriff der haftungsausfüllenden Kausalität nicht überdehne und dadurch den Anwendungsbereich des § 287 ZPO in einer Weise erweitere, die mit dem Sinn der Vorschrift nicht mehr zu vereinbaren sei. Gerade im Hinblick auf die sogenannten Folgeschäden erkennt er richtig, daß die Rechtsprechung hier die für das Verständnis des § 287 ZPO schlechthin grundlegende Unterscheidung von Rechtsgutverletzung (oder "Schadensereignis") und Schaden ohne Grund aufgebe. Nur wenn man diese auch hier zugrunde gelegte Unterscheidung klar aufrecht erhält, kann man zu richtigen Ergebnissen bei der Abgrenzung der §§ 286 und 287 ZPO gelangen.

Wenn der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung meint, mehr an Beweisen habe von dem klagenden Kind billigerweise nicht gefordert werden können, dann mag dies eine gerechtfertigte Erwägung im Sinne der Diskussion um das Beweismaß sein; nicht jedoch sind Billigkeitserwägungen geeignet, § 287 ZPO auf die haftungsbegründende Kausalität anzuwenden.

(406) Anmerkung zu BGH JZ 72, 363 ff, 367

§ 10 VII

Dabei hätte sich gerade das vom Bundesgerichtshof entwickelte Kriterium des "Betroffenseins" als Schlußpunkt der nicht nach § 287 ZPO zu ermittelnden haftungsbegründenden Kausalität bei Verwendung dieses Begriffs nach dem allgemeinen Sprachgebrauch gut als Abgrenzungskriterium verwenden lassen. Betroffen durch ein rechtswidrig-schuldhaftes Verhalten ist doch nur der, in dessen Rechtsgüterwelt eingegriffen wird. Dieser Eingriff jedoch ist nichts weiter als der hier in Anlehnung an Hainmüller als Schlußpunkt der haftungsbegründenden Kausalität angesehene schädigende Erfolg. Dabei haben vor allem die Ausführungen über das falsche "zeitliche Moment" im Schadensbegriff⁽⁴⁰⁷⁾ gezeigt, daß das erste Betroffensein nicht immer der Schlußpunkt der haftungsbegründenden Kausalität sein kann. Insoweit können auch die Ausführungen bei Gaupp⁽⁴⁰⁸⁾ nicht überzeugen, der zwar die erste negative Auswirkung des fehlerhaften Verhaltens, den "Einbruch in die fremde Rechtssphäre", zum Haftungsgrund rechnet und der Vorschrift des § 286 ZPO unterstellt, der jedoch diesen ersten Schadenserfolg stets als Endpunkt der haftungsbegründenden Kausalbeziehung ansieht und alle weiteren Schadenserfolge zum haftungsausfüllenden Bereich zählt, auf den § 287 ZPO anzuwenden sei.

Alle besprochenen Entscheidungen können also

(407) siehe oben S. 228

(408) Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse S. 42 und 106

§ 10 VII

nicht über § 287 ZPO gelöst werden.

Völlig unverständlich erscheint dann die Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Doppelauffahrunfall⁽⁴⁰⁹⁾. Hier tut der Bundesgerichtshof zwar so, als behandle er über § 287 ZPO nur Fragen der Schadenshöhe. In Wirklichkeit jedoch behandelt er die Frage, inwieweit der Kläger selbst und inwieweit der Beklagte durch ihr jeweiliges Auffahren Schäden am klägerischen Fahrzeug hervorgerufen haben. Diese Frage ist eine Frage des Kausalverlaufs zwischen schädigender Handlung und schädigendem Erfolg. Der Bundesgerichtshof hätte § 287 ZPO nur dann anwenden dürfen, wenn festgestanden hätte, welche Beschädigungen an dem Pkw des Klägers durch dessen eigenes Auffahren auf den Vordermann und welche Beschädigungen durch das Auffahren des Beklagten mit seinem Fahrzeug auf das klägerische entstanden sind. So jedoch läßt der Bundesgerichtshof diese Fragen offen und geht - ohne dies so auszusprechen - einfach davon aus, beide Ursachen, nämlich das Auffahren des Klägers auf den Vordermann, wie das Auffahren des Beklagten auf das Fahrzeug des Klägers, hätten in etwa gleich starke Beschädigungen hervorgerufen.

Nach alledem ist also eine Anwendung des § 287 ZPO auf die haftungsbegründende Kausalität, so wie sie hier begrifflich zugrunde gelegt ist, nicht zulässig. Der Beweis des Kausalverlaufs zwischen der

(409) siehe oben § 7 II 2 i

§ 10 VIII

schädigenden Handlung und dem schädigenden Erfolg ist nach § 286 ZPO zu erbringen, wobei natürlich häufig der Anscheinsbeweis, der zu § 286 ZPO zählt, sich beweiserleichternd auswirken wird.

VIII. Kann § 287 ZPO auf die haftungsausfüllende Kausalität angewendet werden?

Bleibt also die Frage, ob die haftungsausfüllende Kausalität über § 287 ZPO bewiesen werden kann oder nicht.

Nach der hier vorgenommenen Abgrenzung endet die haftungsbegründende Kausalität immer erst beim Erfolg, also bei der Schädigung. Somit kann die haftungsausfüllende Kausalität nur jenen Kausalnexus meinen, der zwischen dieser Schädigung und dem Schaden liegt. Es kann also nur darum gehen, ob die festgestellte Schädigung beim Geschädigten den behaupteten Schaden hervorgerufen habe.

Insoweit handelt es sich vom Begrifflichen her im weiteren Sinne bereits um Fragen der Schadenshöhe. Ob nämlich der Erfolg einen Schaden herbeigeführt hat, ist ja grundsätzlich nichts anderes als die Frage nach der Abhebung des Schadensumfanges vom Nullpunkt. Allenfalls insoweit könnte man

§ 10 VIII

mit Fug und Recht von Kausalität sprechen, als Fragen dergestalt zu beantworten sind, ob z.B. ausgerechnet der schädigende Erfolg einer unerlaubten Handlung einen entgangenen Gewinn als Schaden mit sich gebracht hat, oder ob dieser Gewinn auch ohne die unerlaubte Handlung und den dadurch ausgelösten schädigenden Erfolg entgangen wäre. Hier jedoch schlägt die Brücke § 252 BGB selbst, wenn er bestimmt, was als entgangener Gewinn gilt, und wenn er dabei die Feststellung genügen läßt, daß dieser Gewinn mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Da es sich also bei der haftungsausfüllenden Kausalität in dem hier gebrauchten Sinn letztlich um den Bereich der Schadenshöhe handelt, steht einer Anwendung des § 287 ZPO nichts im Wege. Dabei sei aber noch einmal klar hervorgehoben, daß z.B. die Frage der Kausalität zwischen Handlung und Zweiterfolg keine Frage der haftungsausfüllenden Kausalität ist. Es geht hier nicht um die Feststellung des Umfanges des Schadens, sondern um die Feststellung, daß der schädigende Erfolg (Zweiterfolg) auf die schädigende Handlung (Unerlassen) zurückzuführen ist. Das ist haftungsbegründende Kausalität und hat nichts zu tun mit der haftungsausfüllenden Kausalität in dem hier gebrauchten Sinne.

Wenn auch erst festgestellt ist und zwar im Rahmen der Überzeugungsbildung nach § 286 ZPO, daß das Verhalten des Schädigers eine Schädigung

§ 11 I

beim Geschädigten, also einen Eingriff in dessen Rechtsgüterwelt, kausal verursacht habe, dann sprechen auch die oben gegen eine Anwendung des § 287 ZPO auf die haftungsbegründende Kausalität herausgestellten Kriterien nicht mehr gegen dessen Anwendung. Gerade für die Frage nämlich, in welchem Umfang ein Schaden entstanden sei, ist ja die Beweiserleichterung des § 287 ZPO geschaffen.

Ergebnis und kritischer Ausblick

§ 11 Ergebnis

Als Ergebnis dieser Untersuchung bleibt folgendes festzuhalten:

I.

§ 287 ZPO ist nicht anzuwenden beim Beweis des Kausalzusammenhanges zwischen schädigender Handlung und schädigendem Erfolg. Zweiterfolge sind im Sinne dieser Feststellung schädigende Erfolge und gehören damit zum haftungsbegründenden Kausalzusammenhang. § 287 ZPO dient somit auch nicht dem Ausscheiden weniger wahrscheinlicher Kausalverläufe zu Gunsten der Annahme eines wahrscheinlicher scheinenden im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität, ganz gleich, ob es sich um

§ 11 II, III, IV

den Kausalverlauf zwischen schädigendem Verhalten und Ersterfolg oder zwischen schädigendem Verhalten und Zweiterfolg handelt.

II.

§ 287 ZPO ist anwendbar auf alle Fragen der Schadenshöhe und auf den Beweis des haftungsausfüllenden Kausalzusammenhanges, also den Kausalnexus zwischen schädigendem Erfolg (Beschädigung) und Schaden.

III.

Das Beweisquantum in § 286 und in § 287 ZPO ist gleich. Der Beweismaßstab in beiden Vorschriften ist die freie Überzeugung des Richters, wobei diese Überzeugung immer die persönliche Überzeugung ist. Allenfalls kann ein Mindestmaß festgelegt werden, bei dessen Nichterreichung der Richter nicht überzeugt sein darf.

IV.

Der Unterschied zwischen § 286 und § 287 ZPO liegt darin, daß § 287 ZPO aus prozeßökonomischen Erwägungen heraus das Gericht teilweise von den Beweiserhebungsregeln befreit und dadurch wenigstens mittelbar dem Geschädigten Beweiserleichterungen

§ 11 IV 1, 2, 3

verschafft. Im einzelnen sieht dies aus wie folgt:

1. Das Gericht kann nach freiem Ermessen - und nur hier steht ihm Ermessen zu, während der Beweismaßstab die Überzeugung ist - eine beantragte Beweisaufnahme anordnen oder nicht und die Begutachtung durch Sachverständige von Amts wegen anordnen sowie den Beweisführer über den Schaden vernehmen. Dies kann und soll dann geschehen, wenn die Feststellung der Schadenshöhe ersichtlich nach § 286 ZPO nicht vollends geschehen kann. Wenn das Gericht erkennt, daß die Feststellung der Schadenshöhe nach § 286 ZPO nicht möglich sein wird, dann kann und muß es sogleich zu den Mitteln des § 287 Abs. 1 ZPO greifen, wobei es ihm überlassen ist, wie es im einzelnen vorgeht. Dabei ist das Gericht an die Regeln der Beweislast nicht gebunden.
2. Die Begründungspflicht hinsichtlich des ausgeübten Ermessens im Sinne des § 287 Abs. 1 Satz 2 und 3 richtet sich nach § 313 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO, da eine besondere Begründungspflicht in § 286 ZPO nicht vorgeschrieben ist. Der Richter muß also darlegen, warum er das ihm eingeräumte Ermessen ausgeübt und in welchem Rahmen er dies getan hat.
3. Auch die Gründe der Überzeugungsgewinnung müssen nicht besonders dargelegt werden. Vielmehr sind auch sie nur im Rahmen des § 313 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO in den Entscheidungsgründen aufzuzeigen.

§ 11 IV, 4

4. In der Regel wird dann, wenn tatsächlich eine Schadensermittlung nach § 287 ZPO zu erfolgen hat, die Bezifferung des Klageantrags unterbleiben können. Dabei kann es dahinstehen, ob dies schon deshalb der Fall sein kann, weil § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO einen bestimmten und nicht einen bezifferten Antrag fordert oder weil eine Bezifferung unzumutbar ist. Jedenfalls wird nämlich in den meisten Fällen, in denen die Schadensermittlung nach § 287 ZPO zu erfolgen hat, die Bezifferung unzumutbar sein. Vertritt das Gericht die Meinung, die Schadensermittlung habe nicht nach § 287 ZPO zu erfolgen, dann hat es gem. § 139 Abs. 1 ZPO auf die Stellung eines bezifferten Antrages hinzuwirken.

Der Schadensersatzkläger hat seinen Sachvortrag so substantiiert zu gestalten, wie ihm dies möglich ist.

§ 12 Kritischer Ausblick

Das Ergebnis dieser Untersuchung mag manchen Praktiker enttäuschen, da es mit Sicherheit eine Einengung der höchstrichterlichen Rechtsprechung darstellt. Dem Praktiker werden bei Befolgung der hier gewonnenen Ergebnisse Möglichkeiten genommen, die ihm die höchstrichterliche Rechtsprechung eingeräumt hat.

§ 12

Freilich resultieren die Ergebnisse dieser Untersuchung aus der Tatsache, daß § 287 ZPO zwar von Stellung und Wortlaut her über § 286 ZPO teilweise hinausgeht, daß jedoch weder der Wortlaut noch andere Kriterien eine Anwendung dieser Vorschrift auf Probleme der haftungsbegründenden Kausalität rechtfertigen. Andererseits wäre es durchaus denkbar, daß im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität und besonders lediglich bei der Frage nach der Schadenshöhe das Gericht noch viel freier gestellt werden könnte. Hier steht ja bereits fest, daß der Schädiger Schadensersatz leisten muß. Es könnten also durchaus Gedanken aufgegriffen werden, wie sie etwa bei den Verhandlungen des 6. Deutschen Juristentages in Anlehnung an das französische Recht angeklungen sind. Damals ging man zwar sehr deutlich davon aus, daß in Bezug auf die Verpflichtung zum Schadensersatz nichts ausgesprochen werden solle⁽⁴¹⁰⁾, bezog jedoch in die Diskussion mit ein, daß hinsichtlich der Schadenshöhe der Richter befugt sein solle, den zu ersetzenden Schaden festzusetzen, wobei der Vergleich mit dem französischen Recht deutlich macht, was hier unter Festsetzung zu verstehen sei, nämlich die Wahl eines Betrages innerhalb eines Rahmens.

Es wäre teilweise sogar wünschenswert, wenn hier dem Richter mehr Freiheit gegeben würde. Bedenkt man z.B., daß es sich in der Praxis

(410) Verhandlungen des 6. Deutschen Juristentages
S. 252

§ 12

sowohl der Gerichte wie auch bei außergerichtlichen Regulierungsverhandlungen durchgesetzt hat, daß bei Verkehrsunfällen eine sog. Pauschale für die allgemeinen Unkosten im Zusammenhang mit dem Unfall in Höhe von ca. 20,- bis 30,- DM oder eine Nutzungsausfallentschädigung pro Tag Nutzungsentgang in einer für alle Fälle gleichermaßen festgesetzten Höhe anerkannt werden, dann handelt es sich hierbei im Grunde nicht mehr um ein Verfahren der Überzeugungsbildung nach § 287 ZPO, obschon diese Vorschrift auch in diesem Zusammenhang immer wieder strapaziert wird. Hier hat es sich vielmehr eingespielt, daß vernünftigerweise die kleineren Schäden im Zusammenhang mit Verkehrsunfällen schematisch abgerechnet werden, eine Tatsache, die die Häufigkeit der Schadensersatzansprüche aus Straßenverkehrsunfällen durchaus rechtfertigt.

Wenn freilich solche Gedanken im Gesetz Ausdruck finden sollten, dann müssen sie auch wirklich beim Namen genannt sein. Der seit dem Entwurf der CPO in den wesentlichen Teilen unveränderte Wortlaut des § 287 ZPO läßt hierfür keinen Raum. Es sollte also die Diskussion um die Abgrenzung der §§ 286 und 287 ZPO unter Einbeziehung aller Möglichkeiten fortgesetzt werden. Freilich sollte dann das Ergebnis dieser Diskussion alsbald Niederschlag finden in gesetzgebenden Akten, wobei sehr zu überlegen ist, ob § 287 ZPO geändert werden muß oder ob nicht materiellrechtliche Vorschriften geändert

§ 12

werden müßten. Will man z.B. eine gewisse Schematisierung bei Kleinschäden im Rahmen häufig vorkommender Schadensersatzprozesse erreichen, dann ist dies ein Problem des materiellen Rechts. Hier müßte die entsprechende Schadensersatznorm in der Rechtsfolgenseite so abgeändert werden, daß der Richter in die Lage versetzt würde, eine echte Rechtsfolgenbestimmung hinsichtlich des festzusetzenden Betrages treffen zu können.

Es muß in gewissem Sinne als unbefriedigend bezeichnet werden, wenn der Sinn einer Vorschrift nur durch Auslegung erforscht werden kann und wenn dann noch die Auslegung mehrere Möglichkeiten läßt. Wenn sich schon zeigt, daß eine Vorschrift wie § 287 ZPO in den Möglichkeiten seiner Anwendung nicht einheitlich beurteilt werden kann, dann sollte hier der Gesetzgeber die notwendige Klarheit schaffen.

LEBENS LAUF

Am 20. 12. 1944 wurde ich in der damals aus Kriegsgründen nach Burgellern verlegten Entbindungsanstalt Bamberg als Sohn des Dipl.Ing. Fritz Heller und seiner Ehefrau Maja Heller, geb. Schübel, geboren.

Von 1950 bis 1954 besuchte ich die Volksschule in Bamberg, um dann an das Alte Gymnasium Bamberg überzuwechseln, wo ich am 17. 7. 1963 das Zeugnis der Reife erhielt.

Vom Wintersemester 1963/1964 bis zum Wintersemester 1968/69 war ich an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Student der Rechtswissenschaft immatrikuliert. Im Termin 1968/II habe ich die erste juristische Staatsprüfung abgelegt.

Im Februar 1969 trat ich in Bamberg meinen Referendardienst an, um mich dann im Termin 1972/I mit Erfolg der zweiten juristischen Staatsprüfung zu unterziehen.

Seit 10. Oktober 1972 bin ich als Rechtsanwalt am Landgericht zugelassen. Seither übe ich meine Praxis zusammen mit Herrn Rechtsanwalt Dr. Gottfried Schmitt, 8600 Bamberg, Brückenstraße 1, aus.

